

La subrogation de l'assureur social et l'effet du privilège de recours sur le  
responsable solidaire non privilégié  
*Analyse au regard de l'ATF 143 III 79*

MEMOIRE

présenté

par

**Camille Peytrignet**

sous la direction de la Professeure

**Bettina Hummer**

Lausanne, mai 2020

## Table des matières

<b>1</b>	<b>INTRODUCTION</b> .....	<b>1</b>
<b>2</b>	<b>LE REGIME DE LA SUBROGATION ET LE PRIVILEGE DE RECOURS</b> .....	<b>2</b>
2.1	LA SUBROGATION.....	2
2.1.1	<i>Les conditions</i> .....	5
2.1.1.1	L'existence d'un rapport d'assurance .....	5
2.1.1.2	L'existence d'une prétention civile.....	5
2.1.2	<i>Le droit préférentiel du lésé</i> .....	6
2.1.3	<i>La position de l'assureur social recourant</i> .....	7
2.1.3.1	Le droit d'action directe et l'inopposabilité des exceptions .....	7
2.1.3.2	Le concours d'actions .....	9
2.2	LE PRIVILEGE DE RECOURS .....	10
2.2.1	<i>En général</i> .....	10
2.2.2	<i>Le privilège de recours de l'employeur</i> .....	11
2.2.3	<i>L'existence d'une assurance RC obligatoire</i> .....	12
<b>3</b>	<b>LE PRIVILEGE DE RECOURS EN CAS DE CONCOURS DE RESPONSABILITE</b> <b>13</b>	
3.1	LA PROBLEMATIQUE .....	13
3.2	LES FAITS ET LA DECISION DE L'INSTANCE CANTONALE .....	14
3.3	LA JURISPRUDENCE FEDERALE .....	15
3.3.1	<i>La jurisprudence en faveur de la victime</i> .....	15
3.3.2	<i>La jurisprudence en défaveur de l'assureur social</i> .....	16
3.4	LES JUSTIFICATIONS .....	17
3.4.1	<i>D'un point de vue dogmatique</i> .....	18
3.4.2	<i>Sous l'angle de l'équité</i> .....	18
3.5	LE COMMENTAIRE DE LA DECISION.....	20
3.5.1	<i>Une pluralité de responsables</i> .....	20
3.5.1.1	Une solidarité artificielle .....	20
3.5.1.2	La réduction de la part due par le responsable non privilégié .....	20
3.5.2	<i>L'attribution des coûts</i> .....	21
3.5.3	<i>Le revirement jurisprudentiel : une application non schématique de l'art. 51 al. 2 CO</i> 23	
3.5.3.1	La décision de l'autorité cantonale sur renvoi du Tribunal fédéral .....	23
3.5.3.2	La remise en cause de la cascade par le Tribunal fédéral.....	24
<b>4</b>	<b>APPRECIATION PERSONNELLE ET CONCLUSION</b> .....	<b>27</b>
<b>5</b>	<b>BIBLIOGRAPHIE</b> .....	<b>29</b>

## Table des abréviations

AI	assurance-invalidité
al.	alinéa
AP	avant-projet
art.	article (s)
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
ATSG	<i>Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (LPGA)</i>
AVS	assurance-vieillesse et survivants
BSK	<i>Basler Kommentar</i> (Commentaire bâlois)
c.	considérant ou contre
cf.	confer
ch.	chiffre
CNA	Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (SUVA)
CO	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civile suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220
CR	Commentaire romand
éd.	éditeur, édition
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuille fédérale
HAVE	<i>Haftung und Versicherung</i>
HG	<i>Handelsgericht</i> (Tribunal de commerce, Zurich)
<i>infra</i>	ci-dessous
JdT	Journal des Tribunaux
LA	Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0
LAA	Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20
LAI	Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance invalidité, RS 831.20
LAMA	Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance maladie et accidents (abrogée au 31 décembre 1995), RO 1995 1328

LCA	Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1
LCR	Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière, RS 741.01
LITC	Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, RS 746.1
LNI	Loi fédérale du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure, RS. 747.201
LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité, RS 831.40
LRCN	Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire, RS 732.44
N°	numéro marginal
op. cit.	<i>opere citato</i>
OPP2	Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité (OPP2), RS 831.441.1
OR	<i>Obligationrecht</i> (Code des obligations, CO)
p./pp.	page (s)
p. ex.	par exemple
PJA	Pratique juridique actuelle (AJP)
RC	responsabilité civile
RS	Recueil systématique du droit fédéral
REAS	Responsabilité et assurances
ss	et suivantes
<i>supra</i>	ci-dessus
Vol.	volume

## 1 Introduction

On assiste dans notre société à un nombre croissant de cas enregistrés en matière d'accident professionnel et non professionnel<sup>1</sup>. L'augmentation des accidents engendre une augmentation des prestations d'assurances provoquant une hausse substantielle des coûts de l'assurance-accidents. Les recettes des recours, qui découlent des actions engagées à l'encontre des tiers responsables, contribuent au financement de l'assurance sociale et permettent de combler en partie les dépenses qui résultent des cas d'assurance<sup>2</sup>. Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents a généré en 2017 environ 250 millions de francs, soit plus de 5 % des prestations versées aux assurés<sup>3</sup>.

A la suite d'un accident, la victime assurée se retrouve face à deux débiteurs pour le versement des indemnités : l'assureur social et le tiers responsable en vertu du droit de la responsabilité civile<sup>4</sup>. Cependant, elle ne peut cumuler les deux créances et s'enrichir suite à la survenance d'un incident<sup>5</sup>. Ainsi, le législateur a prévu que les droits du lésé, à l'encontre d'un tiers responsable, sont transférés par subrogation à l'assureur<sup>6</sup>. La subrogation, institution capitale dans le domaine des assurances sociales, entraîne une substitution de créancier<sup>7</sup>. Autrement dit, l'assureur prend la place du lésé dans le rapport d'obligation le liant au responsable et devient ainsi lui-même le créancier du responsable<sup>8</sup>.

Lors d'un événement dommageable, plusieurs personnes peuvent engager leur responsabilité. Par conséquent, l'assureur social bénéficie, à l'instar du lésé, d'un concours d'actions lui permettant d'agir contre le responsable de son choix<sup>9</sup>. Dès lors, il peut exercer le recours subrogatoire contre le responsable présentant la plus grande solvabilité et demander à ce dernier l'entier de la réparation<sup>10</sup>. La situation du responsable recherché n'est toutefois pas péjorée puisque dans les rapports internes il peut obtenir une partie de ce qu'il a payé en exerçant un recours contre le ou les coobligé(s)<sup>11</sup>.

L'analyse devient délicate lorsqu'un responsable bénéficie d'un privilège de recours conformément à l'art. 75 LPGA<sup>12</sup> et qu'il est ainsi exonéré de sa responsabilité pour les prétentions subrogatoires de l'assureur social<sup>13</sup>. Cette limitation du droit de recours subrogatoire existe notamment en faveur de l'employeur en raison du financement de l'assurance-accidents par le paiement des primes<sup>14</sup>. L'assureur social n'a ainsi d'autre choix

---

<sup>1</sup> Statistique des accidents LAA 2019, publication disponible sur le site [www.suva.ch/fr-CH/materiel/documentation/unfallstatistik-2019](http://www.suva.ch/fr-CH/materiel/documentation/unfallstatistik-2019), consulté le 4 avril 2020.

<sup>2</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 147.

<sup>3</sup> Statistique des accidents LAA 2019, publication disponible sur le site [www.suva.ch/fr-CH/materiel/documentation/unfallstatistik-2019](http://www.suva.ch/fr-CH/materiel/documentation/unfallstatistik-2019), consulté le 4 avril 2020.

<sup>4</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 3.

<sup>5</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 497.

<sup>6</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 3.

<sup>7</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 15.

<sup>8</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 5.

<sup>9</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 28.

<sup>10</sup> PERRITAZ, *Le concours d'actions*, pp. 15-16.

<sup>11</sup> P. ex. art. 51 CO, art. 148 al. 2 CO, art. 149 CO ; ATF 133 III 6, c. 5.3.3, SJ 2007 I 281, JdT 2007 I 243 ; PERRITAZ, *Le concours d'actions*, p. 18.

<sup>12</sup> Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales, RS 830.1.

<sup>13</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 82.

<sup>14</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 9 ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 80.

que de se tourner vers le responsable non privilégié<sup>15</sup>. Il reste à déterminer le montant que l'assureur peut réclamer à ce dernier. A cet égard deux hypothèses sont envisageables<sup>16</sup>. La première consiste à admettre que l'assureur social dispose d'un plein concours d'actions lui permettant de s'adresser, au responsable non privilégié, pour la totalité de sa créance. La deuxième hypothèse autorise l'assureur à agir à l'encontre du coresponsable recherché seulement à concurrence du montant que ce dernier supporte dans les rapports internes entre coobligés<sup>17</sup>. Sur cette question, le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 15 décembre 2016<sup>18</sup>, dû se prononcer.

Au cours de ce travail, nous nous pencherons dans la première partie de l'exposé sur la nature et le but de la subrogation ainsi que sur les conditions auxquelles est subordonné le droit de recours subrogatoire. Ensuite, nous nous intéresserons à la position de l'assureur social recourant et les droits dont celui-ci dispose. Nous verrons également la notion de privilège de recours et la levée de ce dernier en cas de faute intentionnelle ou de négligence grave. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, la personne privilégiée perd également cette prérogative lorsqu'elle dispose d'une couverture d'assurance responsabilité civile obligatoire. La deuxième partie du travail consistera à examiner la jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral et la solution désormais retenue. Nous procéderons ensuite à l'analyse de la décision rendue. Il s'agira finalement de terminer par une appréciation personnelle et une conclusion.

## **2 Le régime de la subrogation et le privilège de recours**

### **2.1 La subrogation**

Certains événements de notre quotidien sont couverts par les assurances sociales mais sont également pris en compte dans d'autres domaines de l'ordre juridique notamment celui du droit de la responsabilité civile<sup>19</sup>. Le principe de la subrogation permet, suite à la survenance d'un incident, de coordonner les indemnisations dues par ces deux régimes distincts. En effet, ce principe s'applique lorsqu'un lésé peut obtenir la réparation de son préjudice en vertu du droit de la responsabilité civile et que ce dernier peut de surcroît prétendre à des prestations sociales de la part de son assureur. Un des rôles majeurs de la subrogation est d'éviter une éventuelle surindemnisation du lésé<sup>20</sup>. Ainsi, les droits dont dispose la victime à l'encontre du responsable sont transférés *ex lege* à l'assureur social. Ce dernier peut ainsi par l'exercice d'un recours subrogatoire, à l'encontre du responsable, obtenir le recouvrement de ses prestations légales<sup>21</sup>.

Il est plus aisé d'illustrer le recours subrogatoire de l'assureur par un exemple d'accident de la circulation routière<sup>22</sup>. La personne lésée aura la possibilité de demander la réparation de son préjudice au détenteur du véhicule automobile. En application de l'art. 58 LCR<sup>23</sup>, ce dernier est civilement responsable du dommage causé à la suite de l'emploi d'un véhicule automobile et dispose à cet égard d'une assurance responsabilité civile obligatoire conformément à l'art.

---

<sup>15</sup> BATISTA/GOMES, pp. 254-255.

<sup>16</sup> OVERNEY, p. 337.

<sup>17</sup> BATISTA/GOMES, p. 256.

<sup>18</sup> ATF 143 III 79.

<sup>19</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 1.

<sup>20</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 4.

<sup>21</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 1.

<sup>22</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 493.

<sup>23</sup> Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière, RS 741.01.

63 LCR<sup>24</sup>. Afin de renforcer les droits de la victime, celle-ci dispose d'un droit d'action directe qui lui permet d'agir à l'encontre de l'assurance responsabilité civile du détenteur en lieu et place du responsable. De surcroît, on peut imaginer que le lésé travaille en Suisse et qu'il bénéficie dès lors d'une couverture en matière d'accident professionnel et non professionnel. Il peut ainsi faire valoir des prétentions envers son assurance-accidents selon la LAA<sup>25</sup>. Cette dernière prendra en charge les prestations en nature à savoir essentiellement le traitement médical ainsi que des prestations en espèces permettant de compenser la perte de salaire résultant de l'incapacité de travail<sup>26</sup>. Enfin, lors de séquelles importantes, il est envisageable que d'autres assureurs sociaux interviennent en vertu de la LAI<sup>27</sup> ou de la LPP<sup>28</sup> notamment en octroyant des rentes d'invalidité.

Le recours subrogatoire repose sur plusieurs motifs d'ordre public<sup>29</sup>. La notion d'ordre public suisse se réfère aux valeurs fondamentales de notre ordre juridique<sup>30</sup>. En droit des assurances sociales, l'interdiction de la surindemnisation est prévue depuis l'entrée en vigueur de la LPGA à l'art. 69 al. 1 LPGA<sup>31</sup>. Selon cette disposition, le concours de prestations de différents régimes d'assurances sociales ne doit pas conduire à une surindemnisation de l'ayant droit. De plus, en droit de la responsabilité civile l'interdiction de l'enrichissement de la partie lésée a toujours été reconnue comme un principe général<sup>32</sup>. Dans la mesure où la subrogation de l'assureur social vise notamment à éviter un cumul des indemnisations en faveur de la personne assurée, la qualification retenue pour désigner ces motifs semble être justifiée. En effet, suite à la survenance de l'accident dans l'exemple ci-dessus la personne lésée a deux débiteurs d'indemnités<sup>33</sup>. Elle ne doit pas être enrichie et ne peut dès lors obtenir le paiement à double de son préjudice ; soit le cumul des prestations d'assurances sociales et de l'indemnisation du responsable en vertu du droit de la responsabilité civile<sup>34</sup>. Toutefois, le recours subrogatoire ne doit pas permettre au responsable, auteur du dommage, d'échapper à son obligation de réparer le préjudice<sup>35</sup>. En effet, l'imputation du dommage à son auteur est une idée traditionnelle du droit de la responsabilité civile<sup>36</sup> et de plus joue un rôle de prévention en incitant chacun à se comporter de façon diligente<sup>37</sup>. La subrogation doit également participer au financement des différents régimes d'assurances sociales et ainsi réduire les contributions à la charge des assurés<sup>38</sup>.

La solution retenue par le législateur suisse, afin de prendre en considération ces différents intérêts, est ancrée à l'art. 72 LPGA. En vertu de cette disposition, l'assureur social est subrogé de par la loi « jusqu'à concurrence des prestations légales aux droits de l'assuré et de

<sup>24</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 493.

<sup>25</sup> Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents, RS 832.20.

<sup>26</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale II*, p. 411.

<sup>27</sup> Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance invalidité, RS 831.20.

<sup>28</sup> Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité, RS 831.40.

<sup>29</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 14.

<sup>30</sup> TERCIER/PICHONNAZ, p. 138.

<sup>31</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 138.

<sup>32</sup> ATF 132 III 321, JdT 2006 I 448 ; ATF 131 III 12, c. 7.1, SJ 2005 I 113, JdT 2005 I 488 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 138.

<sup>33</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 3.

<sup>34</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 466.

<sup>35</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 14.

<sup>36</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 14 ; WERRO, p. 5.

<sup>37</sup> WERRO, p. 5.

<sup>38</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 147.

ses survivants contre tout tiers responsable ». En d'autres termes, dès la survenance de l'évènement dommageable, l'assureur social se substitue au lésé en ce qui concerne ses prétentions civiles et peut actionner le responsable pour obtenir le recouvrement de ses prestations légales<sup>39</sup>.

La subrogation de l'assureur social, dans les droits du lésé contre le responsable, a lieu conformément à l'art. 72 al. 1 LPGA « dès la survenance de l'évènement dommageable ». En prévoyant que la subrogation intervient à ce moment précis, la loi prive l'assuré de disposer de sa prétention civile avant même que l'assureur lui ait octroyé des prestations<sup>40</sup>. Dès lors, l'assuré ne peut renoncer aux prestations d'assurances et opter pour l'indemnisation de son préjudice par le tiers responsable<sup>41</sup>. En effet, l'art. 23 LPGA ne trouve pas application lorsque l'évènement dommageable donne lieu à un recours subrogatoire<sup>42</sup>.

Plus précisément, par l'effet de la subrogation, les droits de la victime à l'encontre du responsable sont, par une cession légale de créance au sens de l'art. 166 CO<sup>43</sup>, transférés à l'assureur. La cession légale entraîne une substitution de créancier<sup>44</sup>. Le cédant est la personne lésée (ou ses survivants), à la condition qu'il dispose d'une prétention en réparation du préjudice contre le responsable civil. Le cessionnaire est l'assureur social tenu de couvrir le cas et d'allouer les prestations légales<sup>45</sup>. Il est important de souligner que ce processus ne crée pas une nouvelle créance, l'assureur reprend simplement celle de l'assuré avec les avantages et les inconvénients attachés à cette dernière<sup>46</sup>.

A cet égard, il convient de distinguer deux hypothèses. Généralement, le préjudice du lésé n'est pas entièrement couvert par les prestations sociales, par conséquent la victime de l'accident conserve une prétention dite directe<sup>47</sup> à l'encontre du responsable<sup>48</sup>. Pour autant, son action est limitée au montant du dommage non couvert par son assureur social<sup>49</sup>. Dès lors, la cession est partielle puisque, dès la survenance de l'évènement dommageable, deux créances subsistent ; une correspondant à la réparation du dommage direct de l'assuré et l'autre étant la créance subrogatoire de l'assureur. D'autre part, lorsque le dommage du lésé est totalement couvert par les prestations d'assurances, la cession est alors totale<sup>50</sup>.

Le recours subrogatoire est une ancienne institution qui, initialement, a été réglementé par l'art. 100 de la LAMA<sup>51</sup> de 1911 et qui par la suite a été repris dans la LAA de 1981 aux art.

---

<sup>39</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 3 ; FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale II*, p. 411.

<sup>40</sup> ATF 137 V 394, c. 5.2, JdT 2012 I 46 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 106.

<sup>41</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, pp. 106-107.

<sup>42</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 105.

<sup>43</sup> Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations), RS 220.

<sup>44</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 15.

<sup>45</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 1.

<sup>46</sup> ATF 124 V 174, c. 3b.

<sup>47</sup> On appelle également prétention pour le non couvert ou prétention complémentaire la part de la créance de responsabilité civile qui reste à la victime, cf. FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 497.

<sup>48</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 15.

<sup>49</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 3.

<sup>50</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72-75 N 15.

<sup>51</sup> Loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance maladie et accidents (abrogée au 31 décembre 1995), RO 1995 1328.

41-44 LAA. Désormais, avec l'entrée en vigueur de la LPGA, les conditions et les modalités ont été précisées aux art. 72-75 LPGA<sup>52</sup>. Le législateur a ainsi adopté une conception uniforme de la subrogation qui s'applique au bénéfice de l'assurance-vieillesse et survivants et l'assurance-invalidité, de l'assurance-accidents, de l'assurance-maladie, de l'assurance militaire et en enfin de l'assurance chômage<sup>53</sup>. Malgré le projet de la LPGA qui prévoyait à l'origine une subrogation pour les institutions de prévoyance, cette solution n'a finalement pas été retenue dans la loi du 6 octobre 2002<sup>54</sup>. Cette lacune est dorénavant comblée par l'introduction de l'art. 34b LPP, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, accordant un droit de subrogation aux institutions de prévoyance qui reste toutefois limité au régime obligatoire de la prévoyance professionnelle<sup>55</sup>. A cet égard, mentionnons encore que la subrogation de l'assureur-accident privé, allouant des prestations complémentaires en sus des prestations légales, relève de la LCA<sup>56</sup> et non de la LPGA<sup>57</sup>.

### 2.1.1 Les conditions

La subrogation de l'assureur social est soumise à trois conditions. Tout d'abord, la personne victime d'un accident doit être assurée à un régime d'assurance sociale. De surcroît, il faut que cette dernière soit titulaire d'une prétention en réparation à l'encontre d'un responsable<sup>58</sup>. Enfin, le tiers responsable, afin d'être poursuivi, ne doit bénéficier d'aucun privilège de recours.<sup>59</sup> Cette dernière condition est un aspect déterminant pour l'analyse de l'arrêt qui suit et fait ainsi l'objet d'un point à lui seul<sup>60</sup>.

#### 2.1.1.1 L'existence d'un rapport d'assurance

La personne lésée par le tiers responsable doit être assurée en vertu d'une loi spéciale d'assurance sociale (LAVS/LAI, LAA, LPP, LAM, etc.)<sup>61</sup>. Il s'agira d'examiner le champ d'application personnel, matériel et temporel de ces lois<sup>62</sup>. Dans la plupart des régimes, le rapport juridique se crée avec l'assureur de par la loi<sup>63</sup>. Toutefois, un assujettissement obligatoire et *ex lege* n'est pas nécessaire<sup>64</sup>.

#### 2.1.1.2 L'existence d'une prétention civile

La personne lésée doit, en raison de l'événement dommageable, être titulaire d'une prétention civile vis-à-vis du responsable du préjudice<sup>65</sup>. La prétention en réparation est soumise à trois conditions cumulatives : un dommage, un lien de causalité entre le fait de l'auteur et le préjudice et enfin la réalisation d'un chef de responsabilité<sup>66</sup>.

---

<sup>52</sup> FRESARD-FELLAY, *Le droit de recours de l'assurance-accidents*, p. 61.

<sup>53</sup> FRESARD-FELLAY, *Les relations*, p. 255.

<sup>54</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, pp. 1048-1049.

<sup>55</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, p. 1049 ; FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 9.

<sup>56</sup> Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, RS 221.229.1.

<sup>57</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, pp. 1048-1049.

<sup>58</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 5.

<sup>59</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 499.

<sup>60</sup> Cf. *infra* point 2.2.

<sup>61</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 499.

<sup>62</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 157.

<sup>63</sup> Voir par ex. l'art. 1a LAA.

<sup>64</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 20.

<sup>65</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 20.

<sup>66</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 21.

L'assureur social se voyant céder les droits du lésé peut recourir à l'égard de « tout tiers responsable » en vertu de l'art. 72 al. 1 LPGA et de l'art. 34b LPP. La subrogation est alors intégrale et permet ainsi à l'assureur de recourir sans égard à la nature de la responsabilité du tiers<sup>67</sup>. Il peut s'agir d'une responsabilité subjective (art. 41 CO), d'une responsabilité objective simple (p. ex. 55 CO, 56 CO ou 333 CC), d'une responsabilité objective aggravée (p. ex. 58 LCR, art. 33 LITC), d'une responsabilité contractuelle (p. ex. 97 CO) ou encore d'une responsabilité fondée sur le droit public<sup>68</sup>. La subrogation intégrale a pour effet que l'assureur n'est pas soumis à l'ordre de recours de l'art. 51 CO et peut par conséquent recourir lorsque la responsabilité d'un tiers est purement objective, c'est-à-dire sans que ce dernier ait commis une faute<sup>69</sup>.

### 2.1.2 Le droit préférentiel du lésé

En vertu de l'art. 72 al. 1 LPGA, l'assureur social est subrogé « jusqu'à concurrence des prestations légales ». Celles-ci sont définies par la loi spéciale d'assurances sociales<sup>70</sup>. Toutefois, l'assureur social, lors de l'exercice de certains recours, ne pourra pas récupérer l'intégralité de ses dépenses en raison de l'existence du « droit préférentiel du lésé » codifié à l'art. 73 LPGA. Selon le libellé de cette disposition, l'assureur est subrogé « dans la mesure où les prestations qu'il alloue, jointes à la réparation due pour la même période par le tiers responsable, excèdent le dommage causé par celui-ci ».

Ce principe permet de régir la répartition de l'indemnité due par le responsable entre l'assureur social subrogé et le lésé tout en faisant primer les intérêts du lésé sur ceux de l'assureur<sup>71</sup>. Effectivement, la réparation due par la personne civilement responsable ira prioritairement au lésé afin de compléter les prestations sociales à hauteur du dommage subi<sup>72</sup>. Si à la suite de cette indemnisation un solde devait subsister, un recours subrogatoire de l'assureur est admissible jusqu'à concurrence de celui-ci<sup>73</sup>.

Plus précisément, le droit préférentiel de répartition présuppose que, suite à l'événement dommageable, les prestations d'assurance ne permettent pas de couvrir l'intégralité du préjudice subi par le lésé. Dans cette situation, le tiers responsable devra satisfaire deux créanciers ; à savoir la victime titulaire d'une créance directe pour le dommage non-couvert et l'assureur social au bénéfice d'une créance subrogatoire<sup>74</sup>. Le droit préférentiel de répartition est applicable lorsque le montant dû par le tiers, en vertu du droit de la responsabilité civile, ne permet pas le remboursement de ces deux créances<sup>75</sup>. En effet, lors d'une faute concomitante de la victime par exemple le juge peut réduire, en vertu des facteurs de réduction énoncés aux art. 43 al. 1 et 44 CO, la réparation due par le responsable<sup>76</sup>.

---

<sup>67</sup> ATF 119 II 289, c. 5b ; FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 22-23 ; WERRO, p. 505.

<sup>68</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, p. 1050 ; FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 22-23.

<sup>69</sup> ATF 119 II 289, c. 5b ; FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 22-23 ; KRAUSKOPF, pp. 72-73.

<sup>70</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 11.

<sup>71</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 319.

<sup>72</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 73 N 5.

<sup>73</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 319.

<sup>74</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 73 N 5.

<sup>75</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 73 N 1.

<sup>76</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 512.

<sup>77</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 73 N 17.

Toutefois, la règle présente une spécificité lorsque l'assureur réduit ses prestations, en vertu de l'art. 21 al. 1 ou 2 LPGA, en raison de l'aggravation ou la provocation intentionnelle de la réalisation du risque par l'assuré ou l'un de ses proches<sup>77</sup>. Conformément à l'art. 73 al. 2 LPGA, même si les prétentions de l'assuré doivent toujours être satisfaites prioritairement, la répartition se calcule en prenant en considération les prestations non réduites de l'assureur<sup>78</sup>. Il s'agit du droit préférentiel dit « pondéré » qui est une règle plus restrictive pour le lésé<sup>79</sup>. En effet, cette limitation au principe du droit préférentiel empêche la personne assurée de compenser la réduction des prestations sociales avec une indemnité plus élevée du responsable<sup>80</sup>.

### 2.1.3 La position de l'assureur social recourant

La cession légale de créance transfère, *ispo iure*, les droits de préférence et les droits accessoires à l'exception de ceux qui sont inséparables du cédant en raison de leur nature strictement personnelle (art. 170 al. 1 CO)<sup>81</sup>. Cette disposition illustre un principe cardinal selon lequel l'accessoire suit le sort du principal<sup>82</sup>.

Par « droits accessoires », il faut entendre les droits liés à la créance qui, sans être une partie intégrante de celle-ci, permettent de l'étendre ou de la garantir. A titre d'exemples, les intérêts en cours, le droit de gage ou encore la peine conventionnelle sont des droits accessoires transmis au cessionnaire avec la créance cédée<sup>83</sup>.

Pour l'assureur subrogé, les droits accessoires suivants, lors de l'exercice de son recours subrogatoire, présentent un intérêt certain: le droit d'action directe (art. 72 al. 4, 1<sup>re</sup> phrase LPGA) et l'inopposabilité des exceptions (art. 72 al. 4, 2<sup>ème</sup> phrase LPGA)<sup>84</sup>.

De plus, en cas de pluralité de responsables, l'assureur bénéficie d'un concours d'actions (art. 72 al. 2 LPGA). Ainsi, il peut agir contre l'un ou l'autre des responsables, en particulier contre celui présentant la meilleure solvabilité<sup>85</sup>.

#### 2.1.3.1 Le droit d'action directe et l'inopposabilité des exceptions

Dans certaines situations, l'ordre juridique permet à la victime d'agir directement à l'encontre de l'assureur de la responsabilité civile de l'auteur du dommage en lieu et place du tiers responsable afin d'obtenir la réparation du préjudice<sup>86</sup>. Ainsi, cette construction juridique protège le patrimoine du lésé qui n'est plus contraint d'intenter une action en réparation de son préjudice contre un éventuel responsable insolvable<sup>87</sup>.

---

<sup>77</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 73 N 30.

<sup>78</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 516.

<sup>79</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 73 N 22.

<sup>80</sup> FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*, p. 517.

<sup>81</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 609 ; PROBST, *CR CO I*, art. 170 N 6.

<sup>82</sup> PROBST, *CR CO I*, art. 170 N 6.

<sup>83</sup> PROBST, *CR CO I*, art. 170 N 9.

<sup>84</sup> FRESARD-FELLAY, *Le droit de recours de l'assureur-accidents*, pp. 71-72.

<sup>85</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 28.

<sup>86</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 72 N 38.

<sup>87</sup> JACCARD, p. 53.

Bien qu'il existe un nombre considérable de lois fédérales prévoyant une assurance responsabilité civile obligatoire pour couvrir les risques découlant d'activités dangereuses, seules certaines d'entre elles garantissent au lésé la possibilité de recourir directement à l'encontre de l'assureur (p. ex. l'art. 65 LCR, l'art. 19 LRCN<sup>88</sup>, l'art. 37 al. 1 LITC<sup>89</sup>, l'art. 16 al. 2 LChP<sup>90</sup>)<sup>91</sup>. L'existence d'une disposition légale est primordiale dans la mesure où le droit d'action directe n'est pas inhérent à la nature du contrat d'assurance et doit de ce fait tirer son existence de la loi<sup>92</sup>.

Dès lors, le lésé a une prétention qui lui est propre à la prestation d'assurance, toutefois celle-ci est limitée au montant de la garantie d'assurance. En effet, la prétention du lésé ne peut être supérieure à la couverture maximale prévue par le contrat d'assurance liant l'assurance responsabilité civile et son assuré<sup>93</sup>. De surcroît, il est évident que celle-ci ne peut être supérieure au montant des dommages-intérêts calculé conformément aux règles de la responsabilité civile<sup>94</sup>.

Cette construction juridique est un droit accessoire attaché à la créance indemnitaire et non un droit strictement personnel<sup>95</sup>. Par conséquent, en cas de subrogation légale, ce droit d'action directe est transféré au nouveau créancier soit l'assureur social. Ce dernier, selon l'art. 72 al. 4 LPGa, ainsi que l'institution de prévoyance, selon l'art. 27 al. 3 OPP2<sup>96</sup>, peuvent intenter une action directement à l'encontre de l'assureur couvrant la responsabilité civile du responsable.

En outre, conformément au libellé de l'art. 72 al. 4 LPGa, les exceptions que l'assureur responsabilité civile ne peut opposer à la victime sont inopposables à l'assureur social. On distingue, premièrement, les exceptions légales telles que la réticence (art. 6 LCA) et la faute intentionnelle ou grave commise par la personne assurée dans la survenance du sinistre (art. 14 LCA)<sup>97</sup>. Deuxièmement, des exceptions tirées du contrat d'assurance sont également inopposables telle que la clause d'exclusion de risques (art. 33 LCA)<sup>98</sup>. Ce principe est jurisprudentiel. En effet, le Tribunal fédéral s'est rallié à la doctrine majoritaire en considérant que l'inopposabilité des exceptions ne constitue pas un privilège éminemment personnel dont seule la victime peut s'en prévaloir et passe ainsi à l'assureur subrogé<sup>99</sup>.

---

<sup>88</sup> Loi fédérale du 18 mars 1983 sur la responsabilité civile en matière nucléaire, RS 732.44.

<sup>89</sup> Loi fédérale du 4 octobre 1963 sur les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, RS 746.1.

<sup>90</sup> Loi fédérale du 20 juin 1986 sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages, RS 922.0.

<sup>91</sup> JACCARD, p. 53.

<sup>92</sup> BRULHART, p. 152.

<sup>93</sup> BRULHART, p. 153.

<sup>94</sup> JACCARD, p. 53.

<sup>95</sup> WERRO, p. 505.

<sup>96</sup> Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivant et invalidité (OPP2), RS 831.441.1

<sup>97</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 613.

<sup>98</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, p. 1050 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 613.

<sup>99</sup> ATF 119 II 289, c. 5c, JdT 1993 I 721.

### 2.1.3.2 *Le concours d'actions*

Dans certains cas, plusieurs responsables répondent d'un même préjudice envers la partie lésée. Cette pluralité peut soit résulter d'une association de plusieurs responsables répondant d'une faute commune ou soit découler de causes juridiques distinctes dont répondent les coobligés<sup>100</sup>. Afin que la situation de la victime ne soit pas péjorée, en raison de cette pluralité de parties, on admet que celle-ci bénéficie d'un concours d'actions, appelé également « solidarité au sens large », lui permettant de réclamer l'intégralité du préjudice au responsable de son choix<sup>101</sup>. Le lésé ne doit ainsi pas diviser sa prétention en fonction des fautes des responsable et ouvrir des actions parfois en des fors différents<sup>102</sup>. Lorsque la partie lésée requiert de l'un des coresponsables le paiement de la totalité du préjudice et n'obtient qu'une partie de celui-ci, elle garde la possibilité de réclamer le reste de sa prétention à un autre<sup>103</sup>. Le concours d'actions offre ainsi à la partie lésée une garantie de paiement dans la mesure où elle peut actionner le coresponsable présentant la plus grande solvabilité ou celui dont la responsabilité peut être prouvée le plus aisément<sup>104</sup>.

Par ce mécanisme, le débiteur recherché pour le tout est tenu de s'exécuter et libère à concurrence du montant payé les autres débiteurs dans les rapports externes avec la partie lésée<sup>105</sup>. Toutefois, celui-ci, ne pouvant supporter seul le poids de la réparation, peut se retourner dans les rapports internes contre ses coobligés<sup>106</sup>. Il s'agira de déterminer la manière dont la dette commune doit être répartie entre les différentes personnes responsables<sup>107</sup>.

Toutefois, la possibilité pour l'assureur de bénéficier d'un concours d'actions, en cas de responsabilité plurale, a longtemps été controversée. Le Tribunal fédéral a mis fin à cette controverse, peu de temps avant l'entrée en vigueur de la LPGA, en précisant que l'assureur social bénéficie de la solidarité au sens large<sup>108</sup>. Ce dernier peut par conséquent agir, à l'instar de la personne lésée, pour la totalité de sa créance contre le responsable de son choix. La justification repose sur le fait que la subrogation constitue une cession légale qui engendre uniquement une substitution de créanciers et qui ne modifie aucunement les droits liés à la créance<sup>109</sup>.

Spécifions que la situation de l'assureur social n'équivaut pas à celle de la victime lorsqu'un responsable bénéficie d'un privilège de recours<sup>110</sup>. Effectivement, il existe une limitation au recours subrogatoire de l'assureur qui ne peut, sous réserve de certaines situations, s'adresser à un responsable dit « privilégié »<sup>111</sup>. La victime peut, quant à elle, faire valoir ses prétentions

---

<sup>100</sup> MÜLLER, p. 259 ; WERRO, *CR CO I*, art. 50-51 N 1.

<sup>101</sup> PERRITAZ, *Réduction*, p. 13 ; WERRO, p. 476.

<sup>102</sup> PERRITAZ, *Réduction*, p. 13.

<sup>103</sup> MÜLLER, p. 261, WERRO, p. 477.

<sup>104</sup> MÜLLER, p. 261 ; PERRITAZ, *Réduction*, p. 13.

<sup>105</sup> WERRO, *CR CO I*, art. 50-51 N 5.

<sup>106</sup> P. ex. art. 51 CO, art. 148 al. 2 CO, art. 149 CO ; ATF 133 III 6, c. 5.3.3, SJ 2007 I 281, JdT 2007 I 243 ; PERRITAZ, *Réduction*, p. 18.

<sup>107</sup> MÜLLER, p. 260.

<sup>108</sup> 4C.208/2002 c. 2.1.2 du 19.11.2002 ; WERRO, p. 506.

<sup>109</sup> WERRO, p. 506.

<sup>110</sup> FRESARD-FELLAY, *Assurance sociale et solidarité*, p. 145.

<sup>111</sup> Cf. *infra* point 2.2.

civiles à l'égard de chaque personne remplissant les conditions d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle<sup>112</sup>.

## 2.2 Le privilège de recours

### 2.2.1 En général

Une restriction légale au recours subrogatoire de l'assureur social s'impose lorsque le tiers responsable entretient une relation étroite et particulière avec la personne lésée. Le responsable du cas d'assurance bénéficie, dans ces circonstances, d'un privilège de recours<sup>113</sup>. Ainsi, si l'événement assuré résulte d'une faute de peu de gravité ou d'une responsabilité causale, il peut s'exonérer de sa responsabilité à l'égard de l'assureur<sup>114</sup>.

L'entrée en vigueur de la LPGA a abrogé les privilèges de responsabilité, des membres de la famille et de l'employeur de la personne assurée, prévus par la LAA (art. 44 aLAA). Cette institution avait été critiquée par la doctrine et son abrogation avait été proposée à plusieurs reprises notamment dans le cadre de la révision du droit de la responsabilité civile<sup>115</sup>. Le privilège de responsabilité, n'étant pas favorable à la partie lésée, a fait l'objet de vives critiques. Celles-ci découlaient de l'absence d'indemnisation d'une partie considérable du préjudice corporel du lésé<sup>116</sup>. En effet, le tiers au bénéfice d'un privilège de responsabilité était protégé non seulement à l'égard des prétentions subrogatoires de l'assureur social mais également à l'égard des prétentions directes de la victime pour lesquelles une prétention d'assurance correspondante existait<sup>117</sup>.

Désormais, le privilège de recours continue certes à protéger l'auteur privilégié à l'égard des prétentions subrogatoires mais laisse subsister la possibilité pour la partie lésée de faire valoir ses prétentions directes<sup>118</sup>. Le lésé pourra, contrairement à l'assureur social, obtenir pleine réparation de son dommage<sup>119</sup>. Cette innovation, instaurée par le LPGA, s'intègre mieux dans la conception du droit de la responsabilité civile<sup>120</sup>. En effet, la responsabilité civile poursuit un double objectif : replacer la partie lésée dans la situation qui aurait été la sienne sans l'existence de l'événement dommageable et prévenir la survenance de préjudices en obligeant les responsables à réparer le dommage subi par le lésé<sup>121</sup>.

On distingue à cet égard « le privilège des proches » accordé au conjoint, aux membres de la famille et aux personnes vivant dans le ménage de la personne assurée (art. 75 al. 1 LPGA) et « le privilège de l'employeur » (art. 75 al. 2 LPGA)<sup>122</sup>. Le moment de l'événement dommageable constitue l'instant déterminant pour apprécier si les conditions de l'immunité sont remplies<sup>123</sup>.

---

<sup>112</sup> FRESARD-FELLAY, *Assurance sociale et solidarité*, p. 145.

<sup>113</sup> SCARTAZZINI/HÜRZELER, p. 740.

<sup>114</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 21.

<sup>115</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, p. 1058.

<sup>116</sup> KAHIL-WOLFF, p. 302.

<sup>117</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 2.

<sup>118</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 3 ; KAHIL-WOLFF, p. 301.

<sup>119</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 2.

<sup>120</sup> KAHIL-WOLFF, p. 305.

<sup>121</sup> WERRO, pp. 5-6.

<sup>122</sup> Cf. *infra* point 2.2.2.

<sup>123</sup> DOLF, p. 148 ; FRESARD-FELLAY, *Droit suisse de la sécurité sociale II*, p. 504.

Toutefois, ces privilèges de recours sont relatifs et peuvent ainsi être levés lors d'une faute intentionnelle ou d'une négligence grave commise par le responsable<sup>124</sup>. Communément, on retient que l'existence d'une négligence grave suppose la violation des règles élémentaires de précaution dont le respect s'impose à toute personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances<sup>125</sup>. Pour évaluer la gravité de la négligence, un examen doit être effectué à l'aune des normes spécifiques violées (p. ex. art. 328 CO) permettant ainsi une prise en compte des objectifs politiques poursuivis par lesdites normes<sup>126</sup>. Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt allant dans ce sens tout en précisant qu'une négligence légère, selon le droit pénal, peut être appréciée différemment lors de l'examen du privilège de responsabilité et ainsi être considérée comme grave<sup>127</sup>.

### 2.2.2 Le privilège de recours de l'employeur

Bien que l'art. 75 al. 2 LPGA instaure, en premier lieu, un privilège de recours en faveur de l'employeur de l'assuré, cet article prévoit également un privilège en faveur des membres de la famille de l'employeur ainsi que des travailleurs de l'entreprise<sup>128</sup>. L'extension du privilège aux employés de l'entreprise repose sur des motifs d'équité et vise à éviter une inégalité de traitement entre les personnes d'une même entité. La qualité d'employeur doit être préalablement déterminée afin de définir le cercle des travailleurs de l'entreprise qui bénéficieront de l'immunité<sup>129</sup>. L'employeur, au sens de cette disposition, est le débiteur des primes de l'assurance obligatoire contre les accidents et les maladies professionnelles conformément à l'art. 91 al. 1 LAA<sup>130</sup>.

Le financement par l'employeur d'une couverture d'assurance, en cas d'accident, est la principale justification du privilège de recours<sup>131</sup>. Sans cette immunité, l'employeur endosserait la qualité de débiteur à double. D'abord, envers l'assureur en finançant la couverture d'assurance par le paiement de primes. Puis, auprès de l'assureur social, qui par l'exercice d'un recours, peut faire supporter une partie du dommage à l'employeur responsable. La justification financière du privilège est renforcée par le système de tarification des primes. En effet, la prime d'assurance est, conformément à l'art. 92 al. 2 LAA, individualisée selon la nature de l'entreprise. Elle prend en considération les risques d'accident liés à l'activité et l'existence de mesures de prévention. Il en découle que l'entreprise, exerçant une activité dangereuse et exposant ainsi ses travailleurs à des risques d'accident élevés, est débitrice d'une prime correspondant aux coûts des dangers qu'elle crée. Ce système de tarification des primes incite les employeurs à prendre les mesures nécessaires dans le but de limiter le nombre et la gravité des accidents<sup>132</sup>.

Toutefois, dans ce contexte, la jurisprudence constante de notre Haute Cour précise que les entreprises actives dans le domaine de la location de services ne peuvent bénéficier d'un privilège de recours lorsqu'un travailleur intérimaire est victime d'un accident

---

<sup>124</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 34.

<sup>125</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 252 ; ATF 128 III 76, c.1b, JdT 2002 I 223; ATF 127 III 580, JdT 2002 I 626.

<sup>126</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 36.

<sup>127</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 252 ; ATF 125 IV 153, c.2c/bb, JdT 2001 IV 42.

<sup>128</sup> WYLER/HEINZER, p. 177.

<sup>129</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 271.

<sup>130</sup> WYLER/HEINZER, p. 177.

<sup>131</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 80.

<sup>132</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 81.

professionnel<sup>133</sup>. En effet, la société locatrice, n'étant pas liée par un contrat de travail avec le travailleur, ne doit dès lors pas s'acquitter des charges sociales le concernant. Dans cette construction juridique particulière, le travailleur est lié par un contrat de travail écrit avec l'entreprise bailleresse de services<sup>134</sup>.

Le privilège de recours de l'employeur ne s'applique qu'en cas d'accidents répondant aux critères cumulatifs de l'art. 4 LPGa. Bien que le caractère accidentel soit nécessaire pour l'application du privilège de recours, il faut encore que l'origine de l'atteinte soit d'ordre professionnel et dès lors réponde à la définition figurant à l'art. 7 LAA ou aux éventualités listées à l'art. 12 OLAA<sup>135</sup>. A ce titre, sont notamment des accidents professionnels ceux qui se produisent lors de travaux exécutés sur ordre ou dans l'intérêt de l'employeur de l'assuré.

### 2.2.3 L'existence d'une assurance RC obligatoire

L'art. 75 al. 3 LPGa, introduit dans la LPGa avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2008, restreint considérablement la possibilité d'invoquer un privilège<sup>136</sup>. En effet, depuis l'introduction de cet alinéa, le responsable privilégié, au bénéfice d'une assurance responsabilité civile obligatoire, ne peut invoquer cette prérogative<sup>137</sup>. Dès lors, l'assureur peut exercer son recours subrogatoire, à l'encontre du responsable, sans qu'il ne soit nécessaire de prouver la négligence grave ou l'intention de ce dernier dans la survenance de l'évènement dommageable<sup>138</sup>.

Diverses lois spéciales prévoient une assurance responsabilité civile obligatoire. A titre d'exemple, mentionnons les dispositions concernant les moyens de transport (art. 63 al. 1 LCR, l'art. 31 LNI<sup>139</sup>, art 70 LA<sup>140</sup>) ou encore les activités ou installations présentant un certain danger (art. 35 LITC, art. 19 LRCN).

La levée de privilège a permis de répondre à certaines vives critiques. Certains auteurs considéraient injustifié le fait que les assureurs sociaux supportent des risques pour lesquels l'auteur du dommage dispose d'une couverture d'assurance responsabilité civile obligatoire<sup>141</sup>. La situation était critiquable dans la mesure où les privilèges instaurés par l'art. 75 LPGa profitaient également à l'assureur de la responsabilité civile<sup>142</sup>. En effet ce dernier, malgré l'encaissement des primes, ne devait octroyer aucune contre-prestation lors de la réalisation du risque<sup>143</sup>. De ce fait, la charge financière incombait au système d'assurance sociale et indirectement à la communauté d'assurés<sup>144</sup>.

---

<sup>133</sup> ATF 123 III 280, JdT 1998 I 124 ; ATF 145 III 63.

<sup>134</sup> WYLER/HEINZER, p. 177.

<sup>135</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 90.

<sup>136</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGa*, art. 75 N 39.

<sup>137</sup> KROPF, p. 655.

<sup>138</sup> KROPF, p. 635.

<sup>139</sup> Loi fédérale du 3 octobre 1975 sur la navigation intérieure, RS. 747.201.

<sup>140</sup> Loi fédérale du 21 décembre 1948 sur l'aviation, RS 748.0.

<sup>141</sup> FRESARD/MOSER-SZELESS, p.1059 ; KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 83-84 ; KOLLER, *Die Haftung*, p. 441.

<sup>142</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 83.

<sup>143</sup> KROPF, p. 638.

<sup>144</sup> KROPF, p. 639.

### 3 Le privilège de recours en cas de concours de responsabilité

#### 3.1 La problématique

Suite à un événement dommageable, une personne a subi un préjudice du fait de deux ou plusieurs tiers. Toutefois, l'un des responsables est au bénéfice d'un privilège. La personne lésée dispose comme nous l'avons vu d'un concours d'actions lui permettant de s'adresser au responsable de son choix afin de lui demander la réparation du dommage. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la LPGA et l'abrogation des privilèges de responsabilité, la victime peut demander, pour le dommage non couvert par les prestations sociales, la réparation au tiers de son choix. Dans cette hypothèse, la position de l'assureur social subrogé est plus délicate. L'assureur ne peut en principe pas s'adresser au responsable bénéficiant d'un privilège de recours à moins que ce dernier soit couvert par une assurance responsabilité civile obligatoire. Dès lors, il convient de déterminer si l'assureur social peut réclamer au coresponsable non privilégié l'intégralité de la créance subrogatoire ou uniquement une partie de celle-ci<sup>145</sup>.

Face à cet énoncé, deux solutions peuvent être envisagées, chacune étant soutenue par certains auteurs<sup>146</sup>.

La première, proposée par le courant majoritaire, est fondée sur le concours d'actions<sup>147</sup>. Cette hypothèse permet à l'assureur, en cas de responsabilité plurielle, de demander l'entier de ses prétentions à chaque responsable. Comme l'un des responsables est au bénéfice d'un privilège de recours et ne peut être recherché, l'assureur est en droit de demander la réparation à un autre responsable<sup>148</sup>. Ainsi, l'assureur social peut recourir, pour l'intégralité de ses prétentions, à l'encontre du responsable non privilégié. Selon certains auteurs, tout responsable court un risque de ne pas être remboursé, dans la répartition interne du dommage, notamment en cas d'insolvabilité de son coresponsable. Dès lors, il n'est pas injuste « de réserver le même sort lorsque le coresponsable est en concours avec un responsable exonéré »<sup>149</sup>.

La deuxième approche, défendue par la doctrine minoritaire, est quant à elle fondée sur une division de la prétention subrogatoire<sup>150</sup>. Cette dernière consiste à admettre qu'un assureur social puisse réclamer, au responsable non privilégié, l'unique quote-part du dommage que ce dernier supporte dans les rapports internes entre coresponsables<sup>151</sup>. Le tiers non privilégié peut ainsi imputer, sur la créance due à l'assureur, le montant qu'il ne pourra pas récupérer de son coobligé en raison de l'existence du privilège de recours<sup>152</sup>.

---

<sup>145</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 272.

<sup>146</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 272.

<sup>147</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 84 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, pp. 28-29 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 837.

<sup>148</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 273.

<sup>149</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, p. 84.

<sup>150</sup> En rapport avec l'art. 72 al. 3 LCA, cf. OFTINGER/STARK, pp. 557-558 ; OVERNEY, p. 341 ; PERRITAZ, *Réduction*, p. 148 ; TERCIER, p. 137.

<sup>151</sup> OFTINGER/STARK, p. 558 ; OVERNEY, p. 341-342 ; PERRITAZ, *Réduction*, p. 148 ; TERCIER, p. 137.

<sup>152</sup> OVERNEY, p. 341-342 ; PERRITAZ, *Réduction*, p. 148 ; TERCIER, p. 137.

### 3.2 Les faits et la décision de l'instance cantonale

Pour comprendre les tenants et les aboutissants de la décision du Tribunal fédéral<sup>153</sup> et l'analyse de cette dernière, il convient de brièvement résumer les faits.

L'entreprise C. ainsi qu'une entreprise spécialisée ont été mandatées pour procéder à l'assainissement et à l'étanchéité d'un réseau de canalisations d'eaux usées dans une ville du canton de Zurich. Le 8 septembre 2004, un employé de la société C., que l'on prénommera B., a été victime d'un accident professionnel dans l'exercice de ses fonctions. L'événement accidentel s'est produit dans un puits de contrôle d'eaux usées où le travailleur décida d'allumer une cigarette. Or, dans ce puits se trouvait un résidu de gaz qui, au contact de la flamme de la cigarette, s'est enflammé et a causé au travailleur d'importantes brûlures aux mains et à la tête.

A la suite de l'accident, la Caisse nationale d'assurance en cas d'accidents (SUVA), l'assurance invalidité (AI) de même que l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) (ci-après : les demanderesse) ont octroyé diverses prestations sociales au travailleur victime de l'accident. Elles soutiennent que le gaz provenait d'une conduite défectueuse appartenant à une entreprise de gaz nommée F. AG et que dès lors cette dernière engage sa responsabilité. En vertu de la loi fédérale sur les installations de transports par conduites, la société F. AG est obligatoirement assurée auprès de la compagnie A. SA (ci-après : la défenderesse) qui couvre la responsabilité civile de l'exploitant en cas de réalisation d'un risque.

Les demanderesse ont ouvert action devant le Handelsgericht du canton de Zurich contre la défenderesse en se fondant sur l'art. 72 al. 4 LPGA. Cette disposition prévoit que « lorsque la personne lésée dispose d'un droit d'action directe contre l'assureur en responsabilité civile, ce droit passe également à l'assureur subrogé ». En l'espèce, les assureurs sociaux considèrent que l'entreprise F. AG est la propriétaire des gazoducs défectueux et qu'elle engage sa responsabilité au sens de l'art. 33 LITC. Or, cette loi fédérale institue, à l'art. 37 al. 1 LITC, un droit d'action directe du lésé, contre l'assurance de la responsabilité civile, limité au montant prévu dans le contrat d'assurance. Les assureurs sociaux ont ainsi la possibilité de faire valoir des prétentions subrogatoires s'élevant à hauteur de Fr. 1'321'242.35 contre la compagnie d'assurance A. SA pour les prestations déjà payées et celles qui restent encore à verser.

Toutefois, la compagnie d'assurance A. SA conteste devoir rembourser intégralement les assureurs sociaux et soutient que l'employeur engage également sa responsabilité à l'égard du travailleur lésé selon l'art. 328 al. 1 CO. La société d'assurance A. SA estime qu'en présence d'une pluralité de responsables, celui qui paie solidairement dispose d'un droit de recours contre son coresponsable. Or, dans la présente affaire, cette considération n'est pas déterminante en raison de l'existence du privilège de recours de l'employeur. Dès lors, ce dernier est libéré de toutes prétentions subrogatoires à son encontre et de plus est protégé d'une éventuelle action récursoire du responsable recherché. De ce fait, la défenderesse poursuit qu'il est justifié d'opérer une réduction de l'indemnité due équivalant à la part interne qui incomberait à l'employeur en l'absence de privilège.

Dans sa décision, l'instance cantonale a admis le recours des assureurs sociaux contre le responsable non privilégié pour l'intégralité de la créance<sup>154</sup>. Elle justifie juridiquement cette

---

<sup>153</sup> ATF 143 III 79.

<sup>154</sup> Jugement du Handelsgericht de Zurich HG 140095-O du 4 avril 2016, c. 4.2.

solution en raison de la solidarité dont bénéficient les assureurs sociaux leur permettant de s'adresser au responsable de leur choix. De plus, les juges cantonaux motivent cette décision en considérant que le dommage doit être supporté prioritairement par l'exploitant des conduites de gaz (et par conséquent son assurance responsabilité civile) qui assume une responsabilité causale et non par la communauté des assurés.

Par conséquent, le tribunal cantonal zurichois donne partiellement raison aux demanderesse en condamnant la défenderesse de s'acquitter du montant de Fr. 1'015'409.35.

Les deux parties ont formé un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral contre la décision rendue par l'instance cantonale zurichoise. La défenderesse conclut à l'annulation du jugement et subsidiairement au renvoi de l'affaire afin qu'une procédure probatoire soit mise en œuvre et qu'un nouveau jugement soit rendu. Les demanderesse demandent quant à elles la condamnation de la défenderesse au paiement de la somme de Fr. 1'305'767.00. En raison du caractère identique de l'état de fait, le Tribunal fédéral joint les procédures afin de pouvoir rendre un jugement unique.

### **3.3 La jurisprudence fédérale**

Dans un arrêt antérieur à l'entrée en vigueur de la LPGA, le Tribunal fédéral avait dû se prononcer à l'égard de l'effet du privilège de responsabilité sur les prétentions directes de la victime<sup>155</sup>. Toutefois, le sort des prétentions subrogatoires et l'effet du privilège de recours sur la dette d'un coresponsable n'avaient fait l'objet d'aucune décision jusqu'à cette présente affaire<sup>156</sup>. Dès lors, le Tribunal fédéral devait déterminer si l'assureur peut exercer un recours subrogatoire, à l'encontre du responsable non privilégié, pour l'intégralité de sa créance ou uniquement une partie de celle-ci<sup>157</sup>.

#### **3.3.1 La jurisprudence en faveur de la victime**

Dans une décision du 2 juin 1987, le Tribunal fédéral a statué sur l'effet de l'ancien privilège de responsabilité de l'employeur ancré à l'art. 129 al. 2 LAMA<sup>158</sup>.

Le 9 décembre 1980, R. circulait sur l'autoroute, au volant d'un camion de son employeur, l'entreprise G. et entra en collision avec un train routier se trouvant à l'arrêt dans un tunnel suite à une défectuosité mécanique. Suite à cet incident, le chauffeur R. a été tué sur le coup. Le train routier conduit par E. appartenait à l'entreprise F. Cette dernière disposait d'une couverture responsabilité civile auprès de la compagnie Z.

En avril 1983, la veuve de R. et ses enfants ont actionné la compagnie d'assurance Z. en paiement de dommages-intérêts et de tort moral. Le Tribunal fédéral a jugé que le privilège de responsabilité de l'art. 129 al. 2 LAMA permettait à la société G., employeuse de la victime, de s'opposer tant à d'éventuelles prétentions directes des survivants de R. qu'à un recours subrogatoire de la CNA pour les rentes de veuve et d'orphelins. La compagnie d'assurance Z. demandait une réduction de l'indemnité due à hauteur du montant qu'elle aurait pu réclamer, à l'interne à l'employeur, si le privilège de responsabilité ne s'appliquait pas. Notre Haute Cour a ainsi dû décider lequel du tiers lésé ou du responsable recherché devait supporter la part ne pouvant être mise à la charge de la société G. en raison de la limitation légale de sa

<sup>155</sup> Cf. *infra* point 3.3.1 ; ATF 113 II 323, JdT 1988 I 693 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274.

<sup>156</sup> ATF 143 III 79.

<sup>157</sup> Cf. *infra* point 3.3.2 ; ATF 143 III 79.

<sup>158</sup> ATF 113 II 323, JdT 1988 I 693.

responsabilité. Le Tribunal fédéral s'est positionné en faveur de la victime en lui permettant de réclamer l'entier du préjudice au responsable non privilégié<sup>159</sup>. Le fait que ce dernier ne puisse, en raison du privilège, exercer un recours interne contre le coresponsable avait laissé les juges de marbre. Ils ont ainsi retenu que si l'un des coresponsables est au bénéfice d'un privilège, les autres n'en profitent pas. Ils sont tenus de réparer le préjudice comme s'ils étaient seuls responsables<sup>160</sup>.

Dans cette décision, le Tribunal fédéral ne s'est pas déterminé sur les prétentions de l'assureur social<sup>161</sup>. Néanmoins, il a mentionné que l'indemnisation par le responsable recherché, pour la totalité de la prétention de la victime, peut se faire au détriment de la créance subrogatoire de l'assureur social<sup>162</sup>.

Cependant, il est intéressant de soulever que, dans un arrêt antérieur non publié de 1958, le Tribunal fédéral s'était déjà questionné, sous l'égide de la LAMA, sur une éventuelle réduction de la créance subrogatoire de l'assureur en présence d'un privilège de l'un des responsables<sup>163</sup>.

*« On peut effectivement se demander si l'art. 100 LAMA n'est pas entaché d'une lacune et s'il ne conviendrait pas de la combler en décidant que, dans les cas où un tiers recherché en vertu de cette dispositions légale démontre que son recours contre l'employeur répondant solidairement avec lui de l'accident est paralysé par l'art. 129 al. 2 LAMA, la Caisse nationale doit imputer sur sa créance contre ce tiers la somme qu'il établit ne pouvoir récupérer en raison de l'exonération de responsabilité dont l'employeur bénéficie. Mais la question peut rester indécidée dans l'espèce (...) »<sup>164</sup>.*

Le Tribunal avait laissé la question ouverte dans la mesure où la négligence grave de l'employeur avait été par la suite admise et le privilège avait ainsi été levé.

### **3.3.2 La jurisprudence en défaveur de l'assureur social**

L'affaire opposant les assureurs sociaux à la compagnie d'assurance A. SA a fait l'objet d'une décision du Tribunal fédéral, le 15 décembre 2016, dans laquelle il se prononçait pour la première fois sur le sort des prétentions subrogatoires. L'instance fédérale a considéré que les assureurs ne sont pas autorisés à rechercher le responsable non privilégié pour l'intégralité de la créance. Plus précisément, elle a estimé que les assureurs sont en droit d'exiger du responsable recherché seulement une quote-part de l'indemnité. Cette dernière correspond à la part dont le responsable recherché serait le débiteur dans les rapports internes avec le responsable privilégié pour autant que ce dernier ne puisse se prévaloir d'un privilège<sup>165</sup>.

Sur le plan procédural, le Tribunal fédéral a précisé que les assureurs sociaux sont autorisés à réclamer, à l'égard du responsable recherché, une créance non réduite. Il appartient ensuite à celui-ci d'exposer et de prouver les faits qui permettront au tribunal de fixer le montant du dommage imputable au coresponsable privilégié afin de réduire la créance subrogatoire. Il

<sup>159</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274.

<sup>160</sup> BOLLER p. 178 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274 ; RUMO-JUNGO p. 400.

<sup>161</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274.

<sup>162</sup> ATF 113 II 323, c. 2b, JdT 1988 I 693 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274.

<sup>163</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274.

<sup>164</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 10 juin 1958 Caisse Nationale c. Bâloise (C 193/1957) ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, pp. 274-275.

<sup>165</sup> FRESARD-FELLAY, *Commentaire LPGA*, art. 75 N 44.

n'est en revanche pas attendu du responsable actionné qu'il établisse lui-même la part imputable au coresponsable privilégié.

### 3.4 Les justifications

Se référant à l'ATF 113 II 323<sup>166</sup>, la doctrine majoritaire considère qu'un assureur social est au bénéfice d'un droit de recours pour l'intégralité de sa créance à l'encontre d'un débiteur non privilégié, à l'instar du lésé auquel il a été reconnu dans la décision précitée un droit d'indemnisation complet pour ses prétentions directes<sup>167</sup>.

Cette considération est, selon celle-ci, conforme à la nature de la subrogation<sup>168</sup>. Le Tribunal fédéral a retenu dans cette décision, antérieure à l'entrée en vigueur de la LPGA, que le privilège de responsabilité n'affectait pas la responsabilité des autres parties<sup>169</sup>. En effet, le responsable non privilégié répond de l'intégralité du préjudice, vis-à-vis du lésé, sans pouvoir invoquer le privilège d'un coresponsable. Etant donné que la subrogation ne fait pas naître une prétention nouvelle et indépendante, l'assureur succède simplement dans les droits du lésé avec les avantages et inconvénients que ceux-ci comportent<sup>170</sup>. Le responsable non privilégié ne peut ainsi bénéficier du privilège au motif que l'assureur social est intervenu et prend désormais la place du lésé *ex lege*<sup>171</sup>.

De plus, rappelons que dans une jurisprudence antérieure à la LPGA, le Tribunal a considéré que les assureurs sociaux disposent d'un droit de recours intégral à l'encontre de toutes personnes qu'elles soient responsables sur la base d'une responsabilité causale, subjective ou contractuelle<sup>172</sup>. Les assureurs sociaux ne sont ainsi pas soumis à la hiérarchie de l'art. 51 CO<sup>173</sup>.

Par l'entrée en vigueur de la LPGA, l'unique but du législateur était de transposer et de clarifier les principes précédemment applicables en matière de subrogation dispersés dans différentes lois. La suppression du privilège de responsabilité a été effectuée uniquement dans l'intérêt de la personne lésée et n'a en rien affecté la position des institutions d'assurances sociales<sup>174</sup>. Il en découle que l'assureur social subrogé peut agir contre tout responsable ne bénéficiant pas d'un privilège de recours et exiger une indemnisation complète<sup>175</sup>.

Le Tribunal fédéral a, dans sa décision du 15 décembre 2016, rejeté ces arguments au profit d'un raisonnement en deux temps. Il va justifier la solution retenue d'un point de vue dogmatique et « *wertungsgemäss*<sup>176</sup> » que l'on peut traduire en français « sous l'angle de l'équité ».

---

<sup>166</sup> ATF 113 II 323, JdT 1988 I 693.

<sup>167</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 275 ; VOGEL/BICHSEL, p. 332 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>168</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 276 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>169</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 274 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>170</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 276.

<sup>171</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, pp. 276-277 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>172</sup> ATF 119 II 289, c. 5b ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>173</sup> ATF 119 II 289, c. 5b ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, pp. 276-277 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>174</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 26.

<sup>175</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, pp. 276-277 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

<sup>176</sup> ATF 143 III 79, c. 6.1.3.3 et 6.1.3.5.

### 3.4.1 D'un point de vue dogmatique

Le Tribunal fédéral rappelle, dans un premier temps, que la subrogation est une cession légale de créance. Cette dernière ne fait ni naître une nouvelle créance en faveur de l'assureur, ni ne modifie la situation juridique des responsables<sup>177</sup>. Le Tribunal mentionne qu'en présence d'une pluralité de responsables ceux-ci répondent, en vertu de l'art. 72 al. 2 LPGA, de manière solidaire à l'égard de l'assureur permettant ainsi à ce dernier de s'adresser au coresponsable de son choix pour réclamer les prétentions déjà versées à la victime. A cet égard, l'instance fédérale a mentionné, à plusieurs reprises, qu'une solidarité existe seulement en présence d'une pluralité de responsables<sup>178</sup>.

Or, si les conditions du privilège de recours de l'art. 75 al. 2 LPGA sont remplies, l'assureur ne dispose d'aucune créance à l'égard de l'employeur. De ce fait, le Tribunal fédéral mentionne que certains auteurs sont d'avis qu'en présence d'un privilège de recours, le responsable privilégié échappe à sa responsabilité à l'égard de l'assureur social<sup>179</sup>. Ainsi, il retient, en se référant à son ancien arrêt, que la personne privilégiée est libérée de la responsabilité solidaire<sup>180</sup>. Sur le plan dogmatique, il s'avère que le responsable, contre lequel l'assureur social a recouru pour l'entier de la dette, ne peut se retourner contre l'employeur privilégié en raison de l'absence d'une dette commune. Selon notre Haute Cour, il est en effet raisonnable d'admettre qu'à l'interne, le tiers non privilégié ne puisse recourir contre l'employeur. *A contrario*, le privilège de recours serait sans aucune utilité pour l'employeur qui perdrait les avantages acquis par le paiement de primes d'assurance. Il s'ensuit que l'intégralité de l'indemnité due à l'égard de l'assureur social incombe uniquement au responsable non privilégié<sup>181</sup>.

### 3.4.2 Sous l'angle de l'équité

Si cette première analyse semble autoriser un plein recours contre le responsable non privilégié, le Tribunal fédéral examine dans un second temps si cette solution retenue est équitable.

Le Tribunal dans l'ATF 113 II 323 avait décidé de ne pas prendre en considération le privilège de responsabilité de l'employeur pour déterminer la responsabilité du tiers recherché. Il avait retenu qu'il était essentiel, pour respecter le principe de solidarité et d'équité, de mettre à la charge du responsable recherché et non pas du lésé la part non supportée par l'employeur privilégié. Cette réflexion n'est, selon lui, pas transposable à l'assureur social<sup>182</sup>. En effet, le Tribunal fédéral considère qu'il est inéquitable de permettre aux assureurs sociaux de recourir, à l'encontre du responsable non privilégié, pour l'intégralité des prétentions subrogatoires.

Le Tribunal estime que l'absence d'un coresponsable est une raison pour réduire l'indemnité due par le débiteur non privilégié. Dès lors, notre Haute Cour s'interroge sur cette éventuelle réduction en examinant l'application de l'art. 44 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral autorise le responsable recherché, en vertu de cette disposition, à invoquer le privilège de recours de

<sup>177</sup> ATF 124 III 222, c. 3, JdT 1998 I 757 ; ATF 124 V 174, c. 3b.

<sup>178</sup> ATF 136 III 6, c. 5.3.4, JdT 2007 I 243 ; ATF 130 III 363, c. 5.2, JdT 2005 I 299.

<sup>179</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 275.

<sup>180</sup> ATF 113 II 323, c. 2b, JdT 1988 I 693.

<sup>181</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 275 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

<sup>182</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

l'employeur afin de diminuer la créance subrogatoire de l'assureur. La justification de cette réduction repose sur le fait que l'assureur social a déjà perçu des primes auprès de l'employeur. Par cette contribution financière, ce dernier a en partie déjà financé les conséquences d'un éventuel événement dommageable. Dès lors, si l'assureur social bénéficiait d'un droit de recours intégral à l'égard du responsable non privilégié, il s'en trouverait enrichi. De ce fait, l'assureur doit se faire imputer l'avantage dont bénéficient les employeurs qu'il assure<sup>183</sup>.

Afin de déterminer le montant de la créance subrogatoire de l'assureur à l'égard du responsable recherché, il convient d'évaluer la part interne, qui en l'absence du privilège de recours, reviendrait à l'employeur. L'art. 34 LITC renvoie aux dispositions du Code des obligations concernant les actes illicites pour déterminer le recours interne entre les responsables. L'instance fédérale a retenu que la règle applicable en l'espèce est l'art. 51 CO. Cette disposition régit les rapports entre coobligés lorsque ceux-ci répondent en vertu de causes juridiques distinctes. Conformément au premier alinéa, l'art. 50 al. 2 CO s'applique lors de la répartition interne du préjudice entre coobligés. Il appartient au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de définir qui doit supporter le poids de la réparation en prenant en compte l'ensemble des circonstances tel que le fondement de responsabilité des personnes recherchées et la gravité de leurs fautes<sup>184</sup>. En outre, l'art. 51 al. 2 CO donne certaines indications en instituant une hiérarchie de responsabilité entre trois lignes de responsables.

Le Tribunal précise, à la fin de l'arrêt, que la défenderesse ne doit pas indiquer précisément le montant du dommage incombant à C., l'employeur du travailleur lésé. Effectivement, il appartient au juge, conformément à l'art. 51 CO combiné avec l'art. 50 al. 2 CO, d'évaluer ce montant sur la base des éléments apportés par le responsable non privilégié.

Le Tribunal fédéral admet le recours et renvoie la cause à l'instance cantonale. Cette dernière est tenue de se prononcer sur l'éventuelle responsabilité de l'employeur. En vertu de l'art. 8 CC, il appartient à la défenderesse d'apporter les éléments pour prouver cette responsabilité. Le cas échéant, elle peut s'opposer au recours des demanderesses dans la mesure où le préjudice devrait être assumé à l'interne par l'employeur en l'absence d'un privilège de recours. Ainsi, le Handelsgericht de Zurich a, dans une nouvelle décision, dû déterminer la part interne que supporterait l'employeur en l'absence d'un privilège. De ce fait, l'instance cantonale, par une application stricte de l'art. 51 al. 2 CO, a retenu que l'employeur est responsable de la totalité du dommage<sup>185</sup>. Dès lors, la prétention des assureurs sociaux à l'encontre de la compagnie d'assurance responsabilité civile de l'entreprise exploitante de gaz devait être réduite à zéro. A la suite de cette décision cantonale, les assureurs sociaux ont porté la cause devant le Tribunal fédéral. Les juges fédéraux considèrent que la hiérarchie établie à l'art. 51 al. 2 CO ne doit pas être appliquée de manière absolue<sup>186</sup>. Dès lors, les assureurs sociaux peuvent réclamer à l'assureur responsabilité civile la moitié du dommage subi par l'employé lésé, soit un montant d'environ Fr. 650'000.

---

<sup>183</sup> TERCIER, p. 137.

<sup>184</sup> WERRO, *CR CO I*, art. 51 N 9.

<sup>185</sup> cf. *infra* point 3.5.3.1.

<sup>186</sup> cf. *infra* point 3.5.3.2.

## 3.5 Le commentaire de la décision

### 3.5.1 Une pluralité de responsables

La question principale à laquelle doit répondre le Tribunal fédéral, dans le présent arrêt, concerne l'effet du privilège de recours de l'employeur sur la dette d'un coresponsable. A cet égard, la Haute Cour suit l'approche de la doctrine minoritaire et par conséquent retient qu'en cas de pluralité de responsables, l'assureur social peut réclamer au responsable non privilégié seulement une quote-part de l'indemnité. L'argumentation du Tribunal fédéral et la justification de la solution retenue nécessitent certaines clarifications détaillées dans les points qui suivent. Par la suite, nous analyserons dans quelle mesure la décision ne permet pas une bonne attribution des coûts et semble ainsi être discutable.

#### 3.5.1.1 Une solidarité artificielle

Comme précisé auparavant, lorsque plusieurs personnes sont à l'origine de la survenance d'un dommage, l'assureur dispose, conformément à l'art. 72 al. 2 LPGA, d'un concours d'actions ou de la solidarité au sens large. Précisions qu'une solidarité intervient lors de la présence de plusieurs responsables<sup>187</sup>. Or, si l'un des responsables peut exciper un privilège, tel que celui de l'art. 75 LPGA, il est alors libéré de toute responsabilité à l'égard de l'assureur social. Ainsi, le Tribunal fédéral a, dans sa jurisprudence, considéré que la personne privilégiée échappe à la responsabilité solidaire<sup>188</sup>.

Bien que le Tribunal fédéral ne nie pas ce raisonnement, sa décision finale semble toutefois être incohérente<sup>189</sup>. En permettant au responsable non privilégié de réduire l'indemnité due aux demanderesse, d'un montant équivalant à celui qu'il aurait pu réclamer dans les rapports internes au coresponsable s'il n'était pas privilégié, le Tribunal crée une solidarité fictive entre plusieurs responsables<sup>190</sup>. En effet, il institue une responsabilité artificielle de l'employeur qui n'a en réalité jamais existé en raison de l'existence du privilège de recours codifié à l'art. 75 al. 2 LPGA<sup>191</sup>.

#### 3.5.1.2 La réduction de la part due par le responsable non privilégié

Le Tribunal fédéral admet, faute d'une pluralité de responsables, que le responsable non privilégié est seul tenu de rembourser l'assureur social<sup>192</sup>. En effet, le responsable privilégié n'encourt aucune responsabilité et ne peut être recherché. Toutefois, les juges fédéraux autorisent une réduction de la créance subrogatoire, en application de l'art. 44 CO, en faveur du responsable non privilégié. En vertu de cette disposition, les dommages-intérêts peuvent être réduits lorsque des faits de la partie lésée ont contribué au dommage ou augmenté le montant de celui-ci ou encore ont aggravé la situation du débiteur. A titre d'exemple, la faute concomitante et la prédisposition constitutionnelle sont des facteurs de réduction imputables au lésé<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> ATF 136 III 6, c. 5.3.4, JdT 2007 I 243 ; ATF 130 III 363, c. 5.2, JdT 2005 I 299 ; MÜLLER, p. 261.

<sup>188</sup> ATF 113 II 323, c. 2b, JdT 113 II 323.

<sup>189</sup> BATISTA/GOMES, p. 259.

<sup>190</sup> BATISTA/GOMES, p. 259 ; FRESARD-FELLAY, *Le privilège de recours*, p. 190.

<sup>191</sup> BATISTA/GOMES, p. 259 ; OVERNEY, p. 338.

<sup>192</sup> ATF 143 III 79, c. 6.1.3.2.

<sup>193</sup> WERRO, *CR CO I*, art. 44 N 12 et 22.

Notre Haute Cour estime qu'il est injustifié, en raison de la perception des primes auprès de l'employeur, de permettre aux assureurs sociaux de recourir entièrement contre le responsable non privilégié. Les assureurs, en exerçant un recours pour l'intégralité de la créance subrogatoire, seraient enrichis. Ainsi, les juges permettent au responsable recherché d'invoquer le privilège de recours afin de réduire sa responsabilité. En effet, le Tribunal voit dans le privilège de recours de l'employeur un motif dont l'assureur social (le créancier) est responsable et qui réduit la créance due par le débiteur.

La construction juridique proposée par le Tribunal fédéral nous amène à évoquer deux remarques.

Premièrement, en vertu de l'art. 44 CO, le juge peut réduire l'indemnité due par le responsable lorsque des faits sont imputables à la partie lésée. Il est difficilement concevable d'admettre que la victime d'un accident soit à l'origine de l'existence du privilège de recours. De plus, l'assureur social n'est pas la partie lésée<sup>194</sup>. A cet égard, un auteur partage un avis divergent en considérant qu'une application au moins par analogie de l'art. 44 al. 1 CO est justifiée. Il considère que si la victime n'était pas un employé, le privilège de recours ne s'appliquerait pas et le responsable recherché pourrait librement se retourner contre son coresponsable. Estimant ce fait comme étant imputable à la victime, il justifie ainsi une réduction de la créance subrogatoire<sup>195</sup>.

Deuxièmement, l'argumentation du Tribunal fédéral se heurte à la nature même du recours subrogatoire de l'assureur social. Par définition, la subrogation transfère les droits de la partie lésée avec les avantages et les inconvénients associés. Par conséquent, l'assureur subrogé peut se voir opposer les seuls motifs d'exclusions ou de réductions de la réparation que le responsable est en droit d'invoquer à l'égard de l'assuré<sup>196</sup>.

### **3.5.2 L'attribution des coûts**

La question essentielle à résoudre est la suivante : qui de la compagnie d'assurance en responsabilité civile ou des assureurs subrogés aux droits du lésé doit supporter la part interne ne pouvant être mise à la charge du responsable privilégié ?

La doctrine minoritaire, en faveur de la solution retenue par le Tribunal fédéral, soutient que la créance de l'assureur social doit être imputée d'un montant correspondant à la part qui ne peut être supportée par l'employeur en raison de son privilège<sup>197</sup>. Elle affirme que l'employeur, par le paiement des primes d'assurance accidents (p. ex. art 91 al. 1 LAA), a déjà financé en partie les conséquences d'un éventuel événement dommageable. La justification du privilège de recours repose initialement sur cette considération. Dès lors, les auteurs craignent un enrichissement de l'assureur social dans la mesure où ce dernier pourrait répercuter, sur le responsable non privilégié, la part ne pouvant être obtenue de l'employeur privilégié<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> BATISTA/GOMES, p. 260 ; FRESARD-FELLAY, *Le privilège de recours*, p. 190.

<sup>195</sup> PERRITAZ, *Réduction*, pp. 149-150.

<sup>196</sup> BATISTA/GOMES, p. 259 ; FRESARD-FELLAY, *Le privilège de recours*, p. 190.

<sup>197</sup> OVERNEY, p. 338 ; PERRITAZ, *Réduction*, pp. 148-149.

<sup>198</sup> PERRITAZ, *Réduction*, p. 148.

Une autre partie importante de la doctrine estime que le responsable non privilégié doit prendre à sa charge la part interne incombant à l'employeur. Ainsi, l'assureur social aurait un droit de recours intégral<sup>199</sup>.

Selon FRESARD-FELLAY, l'avis susmentionné relatif au paiement des primes est pertinent uniquement pour l'assurance-accidents. En effet, dans d'autres régimes d'assurances sociales tels que l'AVS/AI (art. 12 LAVS, art. 2 LAI) ou le régime de la prévoyance professionnelle (art. 66 LPP), les employeurs et les salariés ont l'obligation de payer des cotisations sans procéder à une distinction de l'événement dommageable<sup>200</sup>. Les employeurs devraient être également privilégiés, au motif, qu'ils cotisent, pour les prétentions subrogatoires découlant d'accidents non professionnels<sup>201</sup>. En définitive, l'argument du paiement des primes ne justifierait pas une limitation du recours de l'assureur contre le responsable non privilégié<sup>202</sup>.

De plus, KOLLER rappelle que le Tribunal fédéral avait admis, dans une jurisprudence qui concernait encore l'ancien privilège de responsabilité, que la partie lésée pouvait réclamer l'entier du dommage au responsable causal non privilégié<sup>203</sup>. Auparavant, l'instance fédérale avait estimé qu'il était conforme à la solidarité et à l'équité de faire supporter le préjudice au tiers recherché et non au lésé. Le Tribunal a, dans la présente affaire, considéré que son raisonnement sur la répartition des coûts n'était pas transposable à la situation de l'assureur social. Dans son article, l'auteur avait déjà envisagé la possibilité que le Tribunal n'octroie à l'assureur social qu'un droit de recours proportionnel contre un tiers responsable<sup>204</sup>. Toutefois, selon celui-ci une pareille décision ne serait pas appropriée.

Selon ce dernier auteur, l'assureur peut demander l'entier de la créance subrogée au responsable non privilégié lorsque ce dernier répond en vertu d'une responsabilité objective<sup>205</sup>. Le législateur a instauré des régimes de responsabilités objectives afin de faire supporter les risques à ceux qui les créent ou les exploitent<sup>206</sup>. Bien que l'ordre juridique autorise ces activités risquées en raison de leur utilité et de leur source d'innovation pour la société, il instaure en contrepartie une responsabilité aggravée à celui qui exerce et tire profit de ces activités<sup>207</sup>. Celui qui répond d'une responsabilité causale simple (par exemple en tant que propriétaire d'un bâtiment au sens de l'art. 58 CO) ou aggravée (par exemple en tant que détenteur d'un véhicule automobile au sens de l'art. 58 LCR) se couvrira volontairement avec une assurance responsabilité civile, à moins qu'une obligation légale d'assurance existe<sup>208</sup>. La partie potentiellement responsable est débitrice des primes d'assurance. Dans la mesure où ces dernières sont calculées de manière à refléter le risque, elles permettent une répartition correcte et efficace des coûts<sup>209</sup>. En effet, selon le principe de la vérité des coûts, il appartient

---

<sup>199</sup> BITTEL/STUDHALTER, pp. 103-104 ; FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 276 ; KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

<sup>200</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 285.

<sup>201</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, pp. 285-286.

<sup>202</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*, p. 286.

<sup>203</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 25.

<sup>204</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

<sup>205</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 29.

<sup>206</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

<sup>207</sup> WERRO, p. 14.

<sup>208</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, pp. 27-29.

<sup>209</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

à la personne faisant usage d'un bien ou d'une installation de supporter les risques et les coûts liés à une activité dangereuse<sup>210</sup>.

En l'espèce, l'entreprise exploitant les conduites de gaz a contracté, en vertu de l'art. 35 LITC, une assurance responsabilité civile obligatoire afin de couvrir les risques liés à son activité. La compagnie d'assurance A. SA a perçu des primes probablement élevées auprès de son assuré, en raison de l'importance de la couverture des risques qu'une pareille entreprise nécessite. Il serait par conséquent équitable de faire supporter à cet assureur le risque lié à l'activité de son assuré. Ainsi, si l'assureur social devait être empêché d'exercer un recours intégral à l'encontre du responsable non privilégié, c'est l'assureur et par ricochet la communauté d'assurés qui au final assumerait une partie du risque. Ce résultat serait contraire au principe de la vérité des coûts tel que susmentionné.

### **3.5.3 Le revirement jurisprudentiel : une application non schématique de l'art. 51 al. 2 CO**

Le Tribunal fédéral a, dans sa décision du 15 décembre 2016, retenu que les demanderessees peuvent exiger du responsable recherché la seule quote-part dont il est redevable dans les rapports internes. Ainsi, les juges fédéraux renvoient l'affaire à l'instance cantonale afin que celle-ci détermine la part interne que devrait assumer l'employeur s'il n'était pas privilégié. Suite à la décision cantonale, le Tribunal fédéral a, dans une décision récente, renoncé à une pratique de longue date et a admis une application non systématique de la hiérarchie ancrée à l'art. 51 al. 2 CO.

#### **3.5.3.1 La décision de l'autorité cantonale sur renvoi du Tribunal fédéral**

A nouveau saisie de la cause, l'instance cantonale zurichoise a, dans un jugement du 3 juillet 2017<sup>211</sup>, procédé à la répartition interne du préjudice entre les responsables conformément à l'art. 51 CO. Cette disposition instaure à son deuxième alinéa un ordre de recours distinguant trois groupes de responsables.

La première ligne inclut les responsables pour faute au sens de l'art. 41 CO<sup>212</sup>. Cependant, certains auteurs admettent que le responsable répondant en vertu d'une responsabilité objective, auquel une faute additionnelle est reprochée, entre également dans cette première catégorie<sup>213</sup>.

Le deuxième groupe inclut les personnes qui supportent un préjudice en vertu d'une responsabilité contractuelle. A noter ici qu'une jurisprudence récente du Tribunal fédéral<sup>214</sup> a considéré que l'assureur privé n'est plus soumis à l'art. 51 al. 2 CO. En effet, l'assureur n'est désormais plus considéré comme un responsable contractuel au sens de l'art. 51 al. 2 CO ayant provoqué le dommage mais s'engage contractuellement à le réparer<sup>215</sup>. Le droit de recours de l'assureur privé est donc fondé exclusivement sur l'art. 72 LCA. Dès lors, il peut, à l'instar de l'assureur social, recourir contre tout tiers responsable<sup>216</sup>.

---

<sup>210</sup> KOLLER, *Das Regressprivileg*, p. 27.

<sup>211</sup> Jugement du *Handelsgericht* de Zurich HG 170033-O du 3 juillet 2017.

<sup>212</sup> WERRO/PERRITAZ, p. 1180.

<sup>213</sup> WERRO, *CR CO I*, art. 51 N 11 ; WERRO/PERRITAZ, p. 1180.

<sup>214</sup> ATF 144 III 209, JdT 2018 I 322.

<sup>215</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours de l'assureur privé*, p. 337 ; WERRO/PERRITAZ, p. 1180 ; PERRITAZ, *Le concours d'actions*, p. 183.

<sup>216</sup> FRESARD-FELLAY, *Le recours de l'assureur privé*, p. 337 ; WERRO/PERRITAZ, p. 1180 ; TOULU, pp. 134-135.

Enfin, la troisième ligne inclut les personnes tenues à la réparation du préjudice en vertu d'une responsabilité fondée sur la loi. Sont visées ainsi toutes les responsabilités objectives simples ou aggravées<sup>217</sup>.

En faisant application de la hiérarchie susmentionnée, les juges du Handelsgericht ont considéré que l'employeur engage une responsabilité contractuelle en vertu de l'art. 328 CO et par conséquent se situe dans la deuxième ligne de la hiérarchie établie par l'art. 51 al. 2 CO. La compagnie d'assurance responsabilité civile de l'entreprise exploitante de gaz, recherchée par les assureurs sociaux, répond quant à elle d'une responsabilité objective aggravée fondée sur l'art. 33 LITC. En l'absence de faute additionnelle, la Cour cantonale a estimé qu'elle se trouve ainsi dans le troisième groupe.

En vertu du principe de priorité de la ligne supérieure sur la ligne inférieure, l'entreprise d'assurance dispose d'un recours intégral à l'encontre de l'employeur se trouvant en deuxième ligne. Ainsi, la quote-part à la charge de l'assureur responsabilité civile de l'usine à gaz est réduite à zéro. Ce dernier peut ainsi se prévaloir, à l'encontre de la prétention des assureurs sociaux, de la part interne qui en l'absence du privilège de recours incomberait à l'employeur, soit la totalité du dommage.

La Cour cantonale souligne que le Tribunal fédéral<sup>218</sup>, malgré les nombreuses critiques émises par certains auteurs de doctrine, applique de manière littérale cette disposition dans sa jurisprudence. Elle a ainsi considéré qu'aucune raison suffisante ne permet de s'écarter de cette hiérarchie prévue à l'art. 51 al. 2 CO et n'a par conséquent pas usé de son pouvoir d'appréciation. Les juges ont appliqué de manière stricte cette cascade et ont finalement décidé que la prétention des assureurs sociaux à l'encontre de l'assureur responsabilité civile de l'exploitant est réduite à zéro. Contre ce jugement, les assureurs sociaux ont à nouveau porté la cause devant le Tribunal fédéral.

### **3.5.3.2 La remise en cause de la cascade par le Tribunal fédéral**

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent du 12 juillet 2018<sup>219</sup>, a relevé que la hiérarchie établie par l'art. 51 al. 2 CO n'est pas immuable et a rejeté le raisonnement fait par le Handelsgericht. En effet, le texte allemand de la disposition légale révèle par les termes « *in der Regel* » que des exceptions sont bien évidemment admissibles et nécessaires.

Le Tribunal fédéral mentionne également sa jurisprudence<sup>220</sup> selon laquelle il autorise le juge à faire abstraction de la hiérarchie instaurée par l'art. 51 al. 2 CO lorsque des circonstances particulières du cas d'espèce le justifie. Il retient que cet ordre hiérarchique vise un grand nombre de situations et qu'il ne saurait « rendre justice à tous les cas imaginables »<sup>221</sup>. Toutefois, la doctrine souligne que le Tribunal n'a fait qu'un usage modéré de cette possibilité<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> WERRO/PERRITAZ, p. 1180.

<sup>218</sup> ATF 137 III 352, JdT 2014 II 373. Le Tribunal fédéral a confirmé une application stricte de la règle de répartition prévue à l'art. 51 al. 2 CO.

<sup>219</sup> ATF 144 III 319.

<sup>220</sup> ATF 116 II 645, c.3b, JdT 1991 I 707.

<sup>221</sup> 4A\_453/2017 du 12.7.2018, c. 5.3.

<sup>222</sup> PERRITAZ, *Le concours d'actions*, p. 172 ; BSK ORI-GRABER, art. 51 N 13a.

Le Tribunal fédéral retient que le juge qui souhaite « enfreindre » la cascade de l'art. 51 al. 2 CO, doit se fonder sur les buts des différentes dispositions instaurant les responsabilités. En se référant au Message du Conseil fédéral<sup>223</sup>, le Tribunal expose les deux cas d'accident prévus par le législateur lors de l'introduction de la responsabilité du détenteur d'une conduite de carburants liquides ou gazeux<sup>224</sup>.

Se fondant sur ces deux illustrations, les juges fédéraux retiennent qu'il est justifié de mettre au moins une partie du dommage à la charge du propriétaire de la conduite dans la mesure où le risque inhérent à l'exploitation du gaz a joué un certain rôle dans la survenance de l'accident. Toutefois, en présence d'une faute grave d'un tiers responsable et en l'absence d'une faute du détenteur, le législateur a souhaité mettre le détenteur de la conduite au bénéfice d'un recours intégral. Le détenteur se trouvant en troisième ligne dispose d'un droit de recours contre le responsable de première ligne ou de deuxième ligne. Le Tribunal retient que la cascade de recours prévue à l'art. 51 al. 2 CO est justifiée dans une telle situation.

Dans le cas concret, bien que l'employeur C. n'ait pas interdit formellement à son employé de fumer lors de l'exécution des travaux, cette omission n'est pas suffisamment grave selon le Tribunal pour exclure le risque inhérent à l'exploitation des conduites de gaz. En effet, le gaz présent dans l'air environnant a joué un rôle déterminant et représente un danger lié à l'activité dont il incombe à l'exploitant de supporter<sup>225</sup>.

Le Tribunal fédéral conclut qu'une application stricte et mécanique de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO n'est pas justifiée<sup>226</sup>. En effet, cela conduirait à exclure la responsabilité de l'exploitant de gaz dans les rapports internes dans la mesure où ce dernier est placé en troisième ligne et qu'il est autorisé à recourir contre le responsable se trouvant sur une ligne supérieure à la sienne. Au contraire, les juges fédéraux estiment qu'une partie du dommage doit être supportée par l'entreprise détentrice des conduites car la fuite de gaz constitue la réalisation du risque lié à l'installation. De plus, même si la faute de l'employeur n'est pas considérée comme grave, il lui incombe de garantir une sécurité suffisante sur le lieu de travail. La survenance de l'accident résulte, selon le Tribunal, d'une combinaison entre le risque inhérent à l'exploitation et le manquement de l'employeur. Cette interaction justifie une prise en charge à part égale par les deux responsables. Le Tribunal fédéral retient que les assureurs sociaux peuvent exiger, de l'assureur responsabilité civile de l'exploitant de la conduite de gaz, la moitié de la créance subrogatoire soit environ Fr. 650'000.

Le Tribunal s'est prononcé à plusieurs reprises sur le sens à donner à l'expression « *in der Regel* » figurant à l'art. 51 al. 2 CO et a admis rapidement que ce système de lignes n'est pas absolu<sup>227</sup>. Toutefois, à l'exception de quelques décisions, il s'est rarement écarté de cette hiérarchie<sup>228</sup>. Cette approche rigoureuse a fait l'objet de nombreuses critiques doctrinales. En effet, selon certains auteurs, cette hiérarchie était devenue dépassée et ne prenait pas en considération l'évolution du droit de la responsabilité civile<sup>229</sup>. Depuis le développement des

---

<sup>223</sup> Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui d'un projet de loi concernant les installations de transport par conduites de combustibles ou carburants liquides ou gazeux, du 28 septembre 1962, FF 1962 II 788.

<sup>224</sup> WERRO/PERRITAZ, pp. 1182-1183.

<sup>225</sup> WERRO/PERRITAZ, p. 1183.

<sup>226</sup> WERRO/PERRITAZ, p. 1184.

<sup>227</sup> ATF 45 II 638, c. 2, JdT 1920 I 264.

<sup>228</sup> TOULU, p. 137.

<sup>229</sup> PROBST, *La solidarité imparfaite*, p. 76 ; MÜLLER, p. 277.

responsabilités objectives, à partir de 1911, le risque joue un rôle aussi important que la faute dans le droit de la responsabilité<sup>230</sup>. Il n'est pas acceptable de privilégier systématiquement les personnes répondant d'une responsabilité objective en raison d'une activité dangereuse et de transférer le poids de la réparation sur le responsable d'une ligne supérieure<sup>231</sup>. Il s'ensuit qu'une adaptation de l'ordre de recours devait s'imposer et que le Tribunal devait renoncer à sa pratique du recours intégral aboutissant à une solution du « tout ou rien »<sup>232</sup>.

Par conséquent, le Tribunal fédéral s'est rallié à la position de cette partie importante de la doctrine qui critiquait l'application rigide de la cascade prévue à l'art. 51 al. 2 CO et qui regrettait l'usage peu fréquent du pouvoir d'appréciation des juges<sup>233</sup>. Dorénavant, cette hiérarchie n'est justifiée qu'en présence d'une faute grave de l'un des responsables. En l'absence d'une telle faute, un responsable solidaire, qu'il soit placé en deuxième ou en première ligne, ne doit pas supporter la totalité de la réparation du dommage<sup>234</sup>. Ainsi, il doit disposer d'un droit de recours contre le responsable situé en troisième ligne. Dans cette situation, les juges fédéraux privilégient une solution de répartition entre les responsables. Il appartient ainsi au juge, en vertu de son pouvoir d'appréciation, de répartir équitablement le poids de la réparation du dommage entre les différents responsables.

Comme déjà mentionné, le Tribunal a retenu dans sa première décision du 15 décembre 2016, qu'en vertu de l'art. 44 CO, le responsable non privilégié peut exiger, afin de tenir compte du privilège de l'employeur, la réduction de la prétention des assureurs sociaux. En procédant à une répartition interne du dommage par moitié entre la compagnie d'assurance et l'employeur, le Tribunal admet que l'institution d'assurance couvrant la responsabilité civile de l'exploitante de gaz peut réduire la prétention des assureurs sociaux uniquement de moitié. Ainsi, les assureurs sociaux subrogés peuvent réclamer à cette dernière le remboursement de Fr. 650'000, correspondant à la moitié des prestations sociales versées à la partie lésée.

---

<sup>230</sup> CASANOVA, p. 156.

<sup>231</sup> MÜLLER, p. 277.

<sup>232</sup> PERRITAZ, *Le concours d'actions*, p. 189.

<sup>233</sup> PERRITAZ, *Le concours d'actions*, p. 195 ; TOULU, pp. 144-145 ; WERRO, pp. 498-499.

<sup>234</sup> WERRO/PERRITAZ, pp. 1184-1185.

#### 4 Appréciation personnelle et conclusion

Dans le domaine des assurances sociales, la subrogation de l'assureur et l'effet du privilège de recours sur la dette du coresponsable soulèvent une question délicate. Cela s'explique principalement par les différentes approches.

La première fondée sur le concours d'actions permet à l'assureur subrogé de réclamer l'entier du préjudice, au responsable non privilégié, dans la mesure où le responsable bénéficiant d'un privilège ne peut être recherché. La deuxième consiste à diviser la prétention subrogatoire. Selon cette seconde approche, l'assureur ne peut exiger du responsable non privilégié que la part supportée par ce dernier dans les rapports internes avec le coresponsable virtuel.

Se prononçant pour la première fois sur le sort des prétentions subrogatoires de l'assureur social, le Tribunal fédéral a suivi la seconde approche et s'est dès lors rallié à la position de la doctrine minoritaire<sup>235</sup>. Il a considéré que les assureurs sociaux ne peuvent obtenir du responsable non privilégié, par l'exercice d'un recours, qu'une partie de la créance subrogatoire. Ainsi, le responsable recherché est en droit d'invoquer le privilège de recours dont bénéficie son coresponsable pour limiter sa propre responsabilité à l'égard de l'assureur social subrogé.

Par la division de la prétention subrogatoire, cette décision semble prendre en considération l'ensemble des intérêts en présence. En réalité, elle favorise le responsable non privilégié au détriment de l'assureur social. La solution retenue par l'instance fédérale est, selon nous, contestable dans la mesure où le responsable non privilégié est couvert par une assurance responsabilité civile obligatoire.

En effet, l'abrogation des privilèges de recours en présence d'une assurance responsabilité civile obligatoire, par l'introduction de l'art. 75 al. 3 LPGA, a fait suite à de nombreuses critiques. Celles-ci considéraient peu équitable qu'un risque couvert obligatoirement par une assurance privée soit supporté par le système des assurances sociales<sup>236</sup>. L'invocation d'un privilège, par le responsable lui-même ou par l'assureur responsabilité civile qui le couvre, empêchait les assureurs sociaux d'exercer leurs recours subrogatoires et mettait à contribution la communauté d'assurés affiliés aux différents régimes d'assurances sociales<sup>237</sup>.

En retenant dans la présente affaire que l'assureur social ne peut faire valoir qu'une créance réduite à l'encontre de la compagnie d'assurance responsabilité civile, le Tribunal reproduit un scénario que le législateur par l'entrée en vigueur de l'art. 75 al. 3 LPGA voulait éviter. En effet, par cette décision les juges fédéraux mettent à la charge de la communauté d'assurés un risque couvert obligatoirement par une assurance privée.

S'il est vrai que la décision du Tribunal fédéral faisant l'objet de ce travail a soulevé de nombreuses critiques, l'instance fédérale appelée à se prononcer une seconde fois sur la présente affaire a mis fin à une longue pratique qu'il convient selon nous de saluer. En renonçant à une application stricte et systématique de la hiérarchie prévue à l'art. 51 al. 2 CO, le Tribunal prend en considération l'évolution du droit de la responsabilité civile et accorde une place plus importante au pouvoir d'appréciation du juge. A cet égard, il est intéressant de noter que certains auteurs avaient déjà proposé l'abandon de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO

---

<sup>235</sup> BATISTA/GOMES, p. 261 ; OVERNEY, p. 342 ; PERRITAZ, *Réduction*, pp. 148-149.

<sup>236</sup> KAHIL-WOLFF/SONNENBERG, pp. 83-84 ; KROPF, p. 656.

<sup>237</sup> ATF 127 III 580, c. 2b, JdT 2002 I 626 ; KROPF, p. 656.

lors de l'avant-projet de révision du droit de la responsabilité civile (art 53c AP-RC)<sup>238</sup>. Faute de consensus, le Conseil fédéral a finalement renoncé au projet de réforme et d'unification en janvier 2009. Il est probable que le législateur, afin de clarifier la situation, intervienne dans les prochaines années et qu'un abandon de la hiérarchie de l'art. 51 al. 2 CO soit envisagé pour permettre une meilleure prise en compte de la diversité des cas se présentant aux magistrats.

---

<sup>238</sup> Révision et unification du droit de la responsabilité civile, publication disponible sur le site [www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-f.pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/haftpflicht/vn-ve-f.pdf), consulté le 27 mai 2020.

## 5 Bibliographie

BATISTA Lisette/GOMES Tiago, *Pluralité de responsables dans le cadre du recours subrogatoire de l'assureur social*, in : RSAS 2018, pp. 250-264.

BECK Peter, *Mehrzahl von Regressgläubigern : Gesamt, Solidar oder Teulgläubigerschaft ?*, in : REAS 2017, pp. 316-318.

BITTEL Thomas/STUDHALTER Bernhard, *Stört das Regressprivileg die Koordination*, in : WEBER Stephan/BECK Peter, *Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts II*, Zurich 2017, pp. 91-111 ss.

BOLLER Jean-Marie, *La limitation de la responsabilité civile des proches et de l'employeur à l'égard du travailleur (art. 44 LAA)*, thèse, Fribourg 1984.

BRULHART Vincent, *Responsabilité pour risque et assurance de la responsabilité : ce qu'elles se doivent l'une à l'autre*, Stämpfli Berne 2018, pp. 139-163.

CASANOVA Gion Christian, *Ausgleichung und Ausgleichsordnung : Die Regressregelung von Art. 51 OR*, thèse, Zurich 2010.

DOLF Remo, *Das Rückgriffsrecht der AHV/IV unter Berücksichtigung besonderer Durchsetzungsfragen*, thèse, Zurich 2016.

FRESARD Jean-Maurice/MOSER-SZELESS Margrit, *L'assurance-accidents obligatoire avec des aspects de l'assurance militaire*, in : MEYER Ulrich, *sécurité sociale*, 3<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2016, pp. 885-1153.

FRESARD-FELLY Ghislaine, in : DUPONT Anne-Sylvie/MOSER-SZELESS Margrit, *Commentaire Romand de la Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2018 (cité : FRESARD-FELLY, *Commentaire LPGA*).

FRESARD-FELLY Ghislaine, *Le privilège de recours de l'art. 75 LPGA et le recours subrogatoire de l'assureur social contre un tiers responsable non privilégié*, in : REAS 2017, pp. 186-191 (cité : FRESARD-FELLY, *Le privilège de recours*).

FRESARD-FELLY Ghislaine, in : KAHIL-WOLFF Bettina/PERRENOUD Stéphanie, *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. II, Stämpfli Berne 2015, pp. 409-416 (cité : FRESARD-FELLY, *Droit suisse de la sécurité sociale II*).

FRESARD-FELLY Ghislaine, in : GREBER Pierre-Yves/KAHIL-WOLFF Bettina/MOLO Romolo/, *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. I, Stämpfli Berne 2010, pp. 493-534 (cité : FRESARD-FELLY, *Droit suisse de la sécurité sociale I*).

FRESARD-FELLY Ghislaine, *La relation entre le recours de l'assureur privé de dommage, le recours de l'assureur social et le recours de l'employeur*, in : REAS 2008, pp. 333-339 (cité : FRESARD-FELLY, *Le recours de l'assureur privé*).

FRESARD-FELLAY Ghislaine, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, Schulthess Zurich 2007 (cité : FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire*).

FRESARD-FELLAY Ghislaine, *Le droit de recours de l'assureur-accidents selon la LPGa*, in : KAHIL-WOLFF Bettina/WYLER Rémy, *Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée. Psychothérapie déléguée*, IRAL n°31, Stämpfli Berne 2005, pp. 61-78 (cité : FRESARD-FELLAY, *Le droit de recours de l'assureur-accidents*).

FRESARD-FELLAY Ghislaine, *Les relations entre la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales et la loi fédérale sur l'assurance-accident*, in : RSAS 2003, pp. 237-260 (cité : FRESARD-FELLAY, *Les relations*).

FRESARD-FELLAY Ghislaine, *Assurance sociale et solidarité : Arrêt 4C.208/2002 du Tribunal fédéral du 19.11.2002*, in : REAS 2003, pp. 143-145 (cité : FRESARD-FELLAY, *Assurance sociale et solidarité*).

GRABER Christoph K., in : HONSELL H./VOGT N. P/WIEGAND W., *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 7<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019.

HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht-Allgemeiner und Besonderer Teil*, Schulthess Zurich 2012, pp. 617-634.

JACCARD Julien, *La protection du tiers lésé par le biais de l'assurance responsabilité civile du responsable*, Schulthess Zurich 2016.

KAHIL-WOLFF Bettina/SONNENBERG Carole, *Le privilège de recours de l'employeur*, in : KAHIL-WOLFF Bettina/WYLER Rémy, *Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée. Psychothérapie déléguée*, IRAL n°31, Stämpfli Berne 2005, pp. 79-95.

KAHIL-WOLFF Bettina, *Remarques sur l'abrogation du privilège de responsabilité de l'employeur*, in : REAS 2003, pp. 301-305.

KIESER Ueli, *ATSG Kommentar*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2015.

KOLLER Thomas, *Das Regressprivileg und der Rückgriff des Sozialversicherers auf einen nicht privilegierten haftpflichtigen Dritten*, in : HAVE 2005, Schulthess, pp. 25-29 (cité : KOLLER, *Das Regressprivileg*).

KOLLER Thomas, *Die Haftung des Arbeitgebers und das Sozialversicherungsrecht*, in : PJA 1997, pp. 428-442 (cité : KOLLER, *Die Haftung*).

KRAUSKOPF Frédéric, *Der Regressprozess-Der Regress der Sozialversicherung und der privaten Schadenversicherung*, in : FELLMANN Walter/WEBER Stephan, *Haftpflichtorizess 2013*, Zurich 2013, pp. 69-105.

KROPF Fabienne, *La levée du privilège de recours de l'employeur en présence d'une assurance responsabilité civile au sens de l'art. 75 al. 3 LPGa*, in : WYLER Rémy, *Panorama en droit du travail*, IDAT n°35, Stämpfli Berne 2009, pp. 635-660.

- LÄUBLI ZIEGLER Sylvia, *Ein Ende der Gewissheiten*, in : HAVE 2018, pp. 30-39.
- MÜLLER Christophe, *La responsabilité civile extracontractuelle*, Helbing Lichtenhahn Bâle 2013.
- OFTINGER Karl/STARK Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, vol. I : Allgemeiner Teil, 5<sup>ème</sup> éd., Zurich 1995.
- OVERNEY Alexis, *Privilège de recours en concours de responsabilité : une solution équitable à un problème complexe ; analyse des arrêts du Tribunal fédéral 4A\_301/2016 et 4A\_311/2016*, in : RSAS 2017, pp. 332-342.
- PERRITAZ Vincent, *La réduction de la créance récursoire de l'assureur social contre le responsable non privilégié (art. 44 al. 1 CO) – une analyse à partir de l'ATF 143 III 79*, in : HAVE/REAS 2018, pp. 145-150 (cité : PERRITAZ, *Réduction*).
- PERRITAZ Vincent, *Le concours d'actions et la solidarité*, Schulthess Zurich 2017, pp. 15-80 (cité : PERRITAZ, *Le concours d'actions*).
- PROBST Thomas, in : THEVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : art. 1-529*, 2<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2012.
- PROBST Thomas, *La solidarité imparfaite*, in : WERRO Franz, *La pluralité de responsables, Colloque du droit de la responsabilité civile 2007*, Berne 2009.
- RUMO-JUNGO Alexandra, *Haftpflicht und Sozialversicherung. Begriffe, Wertungen und Schadenausgleich*, Fribourg 1998.
- SCARTAZZINI Gustavo/HÜRZELER Marc, *Bundessozialversicherungsrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2012, pp. 734-742.
- SCHMID Markus, *Ausgewählte Fragen zu Problemen bei der Durchsetzung der Regressansprüche des Sozialversicherungsträgers*, in : WEBER Stephan, *Personen-Schaden-Forum 2012*, Zurich 2012, pp. 293-310.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, *Le droit des obligations*, 6<sup>ème</sup> éd., Schulthess 2019.
- TERCIER Pierre, *Concours d'actions et solidarité : Où en sommes-nous ?*, in : WERRO Franz, *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : Actualités et perspectives*, Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Berne 2002.
- TOULU Alborz, *Le recours interne dans la solidarité imparfaite*, in : HAVE/REAS 2015, Schulthess, pp. 130-145.
- VOGEL Bruno/BICHSEL Theodor, *Regressprivileg und Koordinationsgemeinschaft*, in : HAVE/REAS 2004, pp. 331-334.
- WERRO Franz/PERRITAZ Vincent, *La remise en cause de l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO*, in : PJA 2018, Dike Zurich, pp. 1179-1185.

WERRO Franz, *La responsabilité civile*, 3<sup>ème</sup> éd., Stämpfli Berne 2017.

WERRO Franz, in: THEVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), *Commentaire romand : Code des obligations I : art. 1-529*, 2<sup>ème</sup> éd., Helbing Lichtenhahn Bâle 2012.

WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du travail*, 4<sup>ème</sup> éd., Stämpfli Berne 2019, pp. 175-180.